جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٣٨

بسم الله الرحمن الرحیم

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد ۳۸

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جوااهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العماره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالا- و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج ۳۸، ص: ۱

اشاره

[تتمه القسم الرابع فی الأحكام]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

و الحمد لله رب العالمین، و صلی الله علی محمد و آله الطیبین الطاهرین الغر المیامین.

[کتاب إحیاء الموات]

اشاره

کتاب إحیاء الموات من الأرض بفتح المیم و ضمها الذی اتفقت الأمه علی جوازه بل استحبابه، و المرجع فیه العرف کغیره مما لیس له حقیقه شرعیه.

و الأصل فیه

قول أبی جعفر (علیه السلام) فی الصحیح (۱): «قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): من أحیا مواتا فهو له».

و قوله (علیه السلام) أیضا و قول أبی عبد الله (علیه السلام) فی الحسن کالصحیح(۲): «قال رسول الله (صلی الله علیه و آله):

من أحیا أرضا مواتا فهی له».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۵.

و قول أبی عبد الله (علیه السلام) فی خبر السکونی (۱): «قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): من غرس شجرا أو حفر وادیا بدیا لم یسبقه إلیه أحد أو أحیا أرضا میته فهی له، قضاء من الله و رسوله».

و قوله (علیه السلام) أیضا فی صحیح ابن مسلم (۲): «أیما قوم أحیوا شیئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها، و هی لهم».

کقوله (علیه السلام) أیضا فی الصحیح الآخر(۳): «أیما قوم أحیوا شیئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها».

و فی النبوی (۴): «من أحاط حائطا علی أرض فهی له».

و فی آخر(۵): «عادی الأرض لله و لرسوله ثم هی لکم منی».

و فی ثالث (۶): «موتان الأرض لله و لرسوله ثم هی لکم منی أیها المسلمون».

إلی غیر ذلک من النصوص التی سیمر علیک بعضها إنشاء الله.

و کیف کان ف النظر فی أطراف أربعه:

[الطرف الأول فی الأرضین]

اشاره

الأول فی الأرضین بفتح الراء و هی إما عامره و إما موات، فالعامر ملک لمالکه الذی هو فی یده إذا کان علی الوجه الشرعی الذی ستعرفه، مسلما کان أو کافرا، مباح المال کالحربی أم لا کالذمی

و إن جاز أخذه قهرا من الحربی، فإن ذلک لا ینافی الملک کباقی أمواله.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۴.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳.
۴- ۴ المستدرک- الباب- ۲۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳.
۵- ۵ المستدرک- الباب- ۲۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۵.
۶- ۶ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۴۳ مع اختلاف فی ذیله.

و حينئذ فالمراد من قول المصنف و لو بقرينه ما يأتى له لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه عدا ما يجوز للمسلمين تملكه من مال الحربى.

و كذا ما به صلاح العامر كالطريق و الشرب نهرا و غيره و القناه و نحوها، فان ذلک كله من العامر الذى هو ملک لمالكه.

و يستوى فى ذلک ما كان من بلاد الإسلام و ما كان من بلاد الشرک، غير أن ما فى بلاد الإسلام لا يغنم، و ما فى (ما كان من خ ل) بلاد الشرک يملک بالغلبه عليه و ستعرف البحث فى العامر فى يد الكافر إذا كان بإحياء منه بعد أن صار للإمام (عليه السلام).

و أما الموات فهو الذى لا ينتفع به لعطلته إما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء

الماء عليه أو لاستئجامه أو غير ذلک من موانع الانتفاع على وجه يكون به ميتا فهو للإمام (عليه السلام) لا يملكه أحد و إن أحياه ما لم يأذن له الامام (عليه السلام) و إذنه شرط، فمتى أذن ملكه المحيى له إذا كان مسلما، و لا يملكه الكافر، و لو قيل: يملكه مع إذن الامام (عليه السلام) كان حسنا.

و تفصيل البحث فى ذلک أن ما ذكره من الموات هو المطابق للعرف و عرفه به فى النافع و جامع الشرائع و التحرير و الدروس و اللمعه و المسالک و الروضه و الكفايه على ما حكى عن بعضهم.

و لعله لا ينافيه ما فى الصحاح و محكى المصباح من أنه الأرض التى لا مالک لها و لا ينتفع بها أحد. بل عن القاموس أنه اقتصر على الأول و عن النهايه أنها الأرض التى لم تزرع و لم تعمر و لا جرى عليها ملک أحد، بل و ما فى التذكره من أن الموات هى الأرض الخراب التى باد أهلها و اندرس رسمها، ضروره كون مراد الجميع من الموات العطله المزبوره سواء كان لها مالک سابقا أو لم يكن، فان ذلک لا مدخل له فى صدق اسم الموات

كما أنه لا مدخل لبقاء رسوم العماره و آثار الأنهار فيه أيضا.

و احتمال منع بقاء الآثار عن الاحياء كالتحجير مدفوع بالنص و الفتوى بعد حرمه القياس على التحجير المقارن لقصد العماره.

قال الباقر (عليه السلام) فى صحيح الكابلى(۱): «وجدنا فى كتاب على (عليه السلام) إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُها مَنْ يَشاءُ مِنْ عِبادِهِ وَ الْعاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ (۲)أنا و أهل بيتى الذين أورثنا الله تعالى الأرض، و نحن المتقون، و الأرض كلها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و يؤد خراجها إلى الامام (عليه السلام) من أهل بيتى، و له ما أكل منها، و إن تركها أو خربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحياها فهو أحق بها من الذى تركها، فليؤد خراجها الى الامام (عليه السلام) من أهل بيتى، و له ما أكل حتى يظهر القائم (عليه السلام) من أهل بيتى بالسيف، فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها، كما حواها رسول الله (صلى الله عليه و آله) و منعها، إلا ما كان فى أيدى شيعتنا فيقاطعهم على ما فى أيديهم، و يترك الأرض فى أيديهم»

و نحوه غيره فى تحقق الاحياء مع العطله و إن بقيت الآثار السابقه، لصدق الموات عليه، فإنه كالحى لا ـ حقيقه لهما شرعا، و مرجعهما إلى العرف الذى ستسمع تعرض

المصنف لما يصدق به عرفا، فأحدهما حينئذ مقابل للآخر.

نعم لا يكفى مطلق استيلاء الماء أو انقطاعه أو الاستئجام، بل لا بد من أن يكون ذلك على وجه يعد مواتا عرفا، و إلا فقد يتفق بعض ذلك فى الأرض العامره عرفا، كما هو واضح.

و أما أن الموات أصلا أو عارضا بعد أن باد أهله للإمام (عليه السلام)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۲.

۲- ۲ سوره الأعراف: ۷- الآيه ۲۸.

فما لاـ خلاـف فيه، بل الإجماع محصلا عليه، فضلا عن المنقول فى الخلاف و الغنيه و جامع المقاصد و المسالك صريحا، و ظاهرا فى المبسوط و التذكره و التنقيح و الكفايه على ما حكى عن بعضها عليه.

مضافا إلى النصوص التى يمكن دعوى تواترها(۱)و فيها الدال على أنه من الأنفال (۲)فتدل عليه حينئذ الآيه(۳)بل فى جمله من النصوص (۴)أن الأرض كلها للإمام (عليه السلام) و ذهب إليه بعض الرواه إلا أن التحقيق خلافه، كما حررنا ذلک فى كتاب الخمس (۵).

و أما أن إذنه شرط فى تملک المحيا فظاهر التذكره الإجماع، بل عن الخلاف دعواه صريحا، بل فى جامع المقاصد «لا يجوز لأحد الاحياء من دون إذن الامام (عليه السلام) و أنه إجماعى عندنا» و فى التنقيح الإجماع على أنها تملک إذا كان الإحياء بإذن الإمام (عليه السلام) و فى المسالک «لا شبهه فى اشتراط إذنه فى إحياء الموات، فلا يملک بدونه اتفاقا».

مضافا إلى قاعده حرمه التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و فى

النبوى(۶)«ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»

بل تقدم فى كتاب الخمس (۷)ما يدل على ذلک أيضا فلاحظ.

إنما الكلام فى اعتبار كون المحيى مسلما كما هو ظاهر أول المتن، فلا يملكه الكافر بذلک و إن أذن له الامام (عليه السلام) بل ظاهر التذكره

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال من كتاب الخمس.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال من كتاب الخمس.

۳- ۳ سوره الأنفال: ۸- الآيه ۱.

۴- ۴ الكافى- ج ۱ ص ۴۰۷.

۵- ۵ راجع ج ۱۶ ص ۱۱۷- ۱۱۹.

۶- ۶ كنوز الحقائق المطبوع على هامش الجامع الصغير- ج ۲ ص ۷۷- ۷۸.

۷- ۷ راجع ج ۱۶ ص ۱۳۴.

الإجماع علیه، قال فیها: «إذا أذن الامام (علیه السلام) لشخص فی إحیاء الأرض ملکها المحیی إذا کان مسلما، و لا یملکها الکافر بالاحیاء و لا بإذن الإمام (علیه

السلام) له فی الاحیاء، فان أذن له الامام (علیه السلام) فأحیاها لم یملک عند علمائنا».

و فی جامع المقاصد «یشترط کون المحیی مسلما، فلو أحیاه الکافر لم یملک عند علمائنا و إن کان الإحیاء بإذن الإمام (علیه السلام)».

لکن فی الدروس «الشرط الثانی- أی للملک بالإحیاء- أن یکون المحیی مسلما، فلو أحیاها الذمی بإذن الإمام (علیه السلام) ففی تملکه نظر، من توهم اختصاص ذلک بالمسلمین، و النظر فی الحقیقه فی صحه إذن الامام له فی الاحیاء للتملک، إذ لو أذن کذلک لم یکن بد من القول بملکه و إلیه ذهب الشیخ نجم الدین».

و فی جامع المقاصد «و الحق أن الامام (علیه السلام) لو أذن له بالتملک قطعنا بحصول الملک له، و إنما البحث فی أن الامام (علیه السلام) هل یفعل ذلک نظرا إلی أن الکافر أهل أم لا؟ و الذی یفهم من الأخبار و کلام الأصحاب العدم».

و فی الروضه «و فی ملک الکافر مع الاذن قولان، و لا إشکال فیه لو حصل، إنما الإشکال فی جواز إذنه (علیه السلام) له نظرا إلی أن الکافر هل له أهلیه ذلک أم لا؟» و نحوه فی المسالک.

قلت: لا- إشکال- بعد عصمه الامام (علیه السلام)- فی حصول الملک له بالاذن له فی التملک. ضروره أنه لو لم یکن أهلا لذلک لم یأذن له، إلا أنه یمکن تحصیل الإجماع فضلا عن النصوص (۱)علی عدم اعتبار الاذن من الامام فی التملک بالاحیاء، بل یکفی الإذن منه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات.

بالإحياء الذى هو سبب حصول الملک مع فرض وقوعه على الوجه المعتبر.

إنما الكلام فى اعتبار الإسلام مع الاذن و عدمه، فهو على تقديره شرط آخر لترتب الملک على الاحياء، و لا مانع عقلا و لا شرعا فى عدم ترتب الملک على الاحياء للكافر و إن أذن فى الاحياء الإمام (عليه السلام) إذ الاذن فى أصل إيجاده غير الاذن فى تملكه به، و ما أدرى من أين أخذ ذلک الشهيد فى الدروس؟! حتى أنه أوقع غيره فى الوهم.

و قد سمعت دعوى الإجماع من الفاضل فى التذكره على عدم ترتب الملک على إحياء الكافر و إن أذن له الامام (عليه السلام) فيه. بل و فى أثناء كلام الكركى أيضا، و إن كان التحقيق خلافه، لظهور النص (۱)و الفتوى فى كونه سببا شرعيا لحصول الملک

مع حصول شرائطه التى منها الاذن أيضا، سواء كان المحيى مسلما أو كافرا.

بل هو صريح

صحيح محمد بن مسلم (۲)«سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصارى، فقال: ليس به بأس، و قد ظهر رسول الله (صلى الله عليه و آله) على أهل خيبر فخارجهم على أن يترک الأرض فى أيديهم يعملون بها و يعمرونها، و ما بها بأس إذا اشتريت منها شيئا، و أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها، و هى لهم».

و صحيح أبى بصير(۳)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شراء الأرضين من أهل الذمه، فقال: لا بأس بأن يشترى منهم إذا عملوها و أحيوها، فهى لهم، و قد كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) حين ظهر على خيبر و فيها اليهود خارجهم على أمر، و ترک الأرضين فى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب إحياء الموت.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۱- من أبواب الجهاد- الحديث ۲ من كتاب الجهاد.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۱.

أيديهم يعملونها و يعمرونها»

إلى غير ذلك من النصوص (۱).

بل لو لا الإجماع على اعتبار الاذن لكان مقتضاها الملك بالاحياء مطلقا، نعم قد سمعت ما فى المرسل (۲)و صحيح الكابلى (۳)إلا أن الأول غير حجه و الثانى لا ينافى ما دل على الأعم.

و أما الإجماع المزبور فلم نتحققه، بل لعل المحقق خلافه، فإن المحكى عن صريح المبسوط و الخلاف و السرائر و جامع الشرائع و ظاهر المهذب و اللمعه و النافع عدم اعتبار الإسلام.

قال فى المبسوط: «الموات عندنا للإمام (عليه السلام) لا يملكها أحد بالاحياء إلا أن يأذن له الامام (عليه السلام)، و أما الذمى فلا يملك إذا أحيا أرضا فى بلاد الإسلام إلا أن يأذن له الامام (عليه السلام)» و بعينه عباره محكى السرائر.

بل عنه فى الخلاف نسبه الخلاف فى ذلك إلى الشافعى و أنه قال:

«لا يجوز للإمام (عليه السلام) أن يأذن له، فان أذن له فيه فأحياها لم يملك».

فمن الغريب دعوى الإجماع المزبور، و أغرب منه ما سمعته من جامع المقاصد من أن الذى يفهم من الأخبار و كلام الأصحاب أن الامام (عليه السلام) لا يأذن.

و قد عرفت أن هذا الخلاف غير محرر فى كلام الأصحاب، بل لا وجه له، ضروره كون الامام (عليه السلام) مع وجوده أعرف بالمصالح المقتضيه لذلک و عدمها.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱ و ۴- من كتاب إحياء الموات.

۲- ۲ المتقدم فى ص ۱۱.

۳- ۳ المتقدم فى ص ۱۰.

كـل ذلـك مضافـا إلى مـا يمكن القطع به من ملك المسـلمين ما يفتحونه عنوه من العامر فى أيـدى الكفار و إن كان قـد ملكوه بالاحياء، و لو أن أحياءهم فاسد لعدم الاذن لوجب أن يكون على ملك الامام (عليه السلام) و لا أظن أحدا يلتزم به.

و مضافـا إلى قوله بتملك الكافر حال الغيبه، مع أنه لا تفصـيل فى النصوص، قال: «لا يخفى أن اشتراط إذن الامام (عليه السـلام) إنما هو مع ظهوره، أما مع غيبته فلا، و إلا لامتنع الاحياء، و هل يملك الكافر بالإحياء فى حال الغيبه؟ وجدت فى بعض الحواشى المنسوبه إلى شـيخنا الشـهيد على القواعـد فى بحث الأنفال من الخمس أنه يملك به، و يحرم انتزاعه منه، و هو محتمل، و يـدل عليه أن المخالف و الكافر يملكان فى زمن الغيبه حقهم من الغنيمه، و لا يجوز انتزاعه من يد من هو بيده إلا برضاه، و كذا القول فى حقهم (عليهم السـلام) من الخمس عنـد من لاـ يرى إخراجه، بـل حق بـاقى أصـناف المسـتحقين للخمس لشـبهه اعتقاد حل ذلـك، فالأـرض المـوات أولى، و من ثم لاـ يجـوز انـتزاع أرض الخراج من يـد المخـالف و الكـافر، و لاـ يجوز أخـذ الخراج و المقاسـمه إلاـ بـأمر سـلطان الجور، و هـذه الأمور متفق عليها، و لو باع أحـد أرضـى الخراج صـح باعتبار ما ملك فيها و إن كان كافرا، و حينئذ فتجرى العمومات- مثل

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «من أحيا أرضا ميته فهى له»

- على ظاهرها فى حال الغيبه، و يقصـر التخصيص على حال ظهور الامام (عليه السلام) فيكون أقرب للحمل على ظاهرها، و هذا متجه قوى متين».

قلت: لكن بعد الإغضاء عن البحث فى جمله مما ذكره يقتضى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۱.

عـدم الفرق بین حـالی الحضور و الغیبه، لإطلاق النصوص المزبوره، و لا معارض لها بعـد کون المرسل (۱)غیر حجه، و لا دلاله فیه علی التخصیص بل لا ظهور یعتد به فی صحیح الکابلی (۲)علی وجه یقاوم ما عرفت.

فالمتجه الملک بالاحیاء مطلقا و لو لحصول الاذن منهم (علیهم السـلام) فی ذلک حال الحضور، و لعل المصلحه فیه إراده تعمیر الأراضی.

و احتمال أن جمیع النصوص لبیان السـبب الشـرعی- الذی لا ینافیه توقفه بعد ذلک علی شـرائط أخر- یدفعه أنه لا منافاه فیه بین إراده الإذن منه مع ذلـک و لو بطریق من طرق الـدلاله، مضافـا إلی ظهور بعضـها فی الاـذن کمـا أومأ إلیه فی التـذکره، قال فی موات المفتوحه عنوه و میت الغیبه: «و إن کـان الاحیـاء حـال الغیبه ملکها المحیی لما تضـمنه کتاب علی (علیه السـلام)(۳)فکأن الاذن هنا محقق».

و حینئذ فلا وجه لدعوی سقوط الاشتراط فی زمن الغیبه بدعوی أن دلیله الإجماع و المسلم منه ما کان فی زمن الحضور.

علی أن مقتضی السقوط ملکهم حینئذ بالاحیاء حقیقه، لا من باب الإقرار، لشبهه اعتقاد الحل.

و أیضا إن کان مقتضـی العمومات المزبوره سـقوط الشرطیه فلا ریب فی ظهورها فی حال الحضور أیضا، بل لعله أظهر من حال الغیبه.

علی أن دلیل الشرطیه غیر منحصر فی الإجماع، بل یکفی فیه قبح التصرف فی مال

الغیر بغیر إذن، و الشـک فی الملـک بالإحیـاء بـإذنه إن لم یکن ذلـک معلومـا ممـا ذکروه من الإجماع علی اعتبارها فیه من غیر إشاره

۱- ۱ المتقدم فی ص ۱۱.

۲- ۲ المتقدم فی ص ۱۰.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.

إلى زمن الحضور و الغيبه التى لا- فرق بينهما أيضا لو فرض حصول الاذن من هـذه العمومات، و لكن الأمر سـهل حيث لا فائـده تترتب على ذلك.

نعم لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه ما فى المسالك و غيرها من تحرير أصل المسأله، و الله العالم و الهادى.

و لا- فرق فيمـا ذكرنـا بين الموات فى بلاد الإسـلام و غيره، لإطلاق الأدله، خلافا لما يظهر من بعض، و لا بين الـذمى و غيره من أقسام الكفار و إن كان لنا تملك ما يحييه الحزبى كباقى أمواله.

و كيف كـان فلا- خلاـف أجـده فى أن عامر الأرض المفتوحه عنوه و قهرا وقت الفتـح للمسـلمين قاطبه بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، و لو من يتولد أو يدخل فيه إلى آخر الأمر، على معنى أنها لمجموعهم لا لكل واحد منهم، ف لا يملك أحد منهم بالخصوص رقبتها بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى النصوص (۱).

و حينئـذ ف لا- يصـح لأحـد بخصوصه منهم فضـلا عن غيرهم بيعها و لا رهنها و لا هبتها و لا غير ذلك مما يتوقف صـحته على الملـك، كمـا ذكرنـا ذلك كله مفصـلا فى كتاب البيع (۲)و منه مـا وقع من بعض من ملكهـا تبعـا لآثـار التصـرف أو أنهـا تنفذ التصرفات المزبوره فيها زمن الغيبه.

و ذكرنا أيضا فى كتاب المكاسب (۳)البحث فى الخراج المتعلق بها

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۱- من أبواب الجهاد- الحديث ۱ من كتاب الجهاد و الباب- ۲۱- من أبواب عقد البيع- الحديث ۴ و ۵ و ۹ من كتاب التجاره.

۲- ۲ راجع ج ۲۲ ص ۳۴۷- ۳۴۹.

۳- ۳ راجع ج ۲۲ ص ۱۸۰- ۲۰۱.

و بغيرها، فلا حظ و تأمل.

و حينئذ ف لو ماتت لم يصح إحياؤها على وجه يترتب عليه الملک للمحيى لأن المالک لها بغير الاحياء معروف، و هو المسلمون قاطبه المغتنمون لها، و ستعرف اشتراط عدمه فى الملک بالاحياء، للاستصحاب و غيره.

و ما كان منها مواتا (موات خ ل) وقت الفتح فهو للإمام (عليه السلام) بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلا عن محكيه مستفيضا أو متواترا،

مضافا إلى النصوص (۱)التى أشرنا إليها آنفا، و مر كثير منها فى كتاب الخمس(۲).

و منه يعلم أنها ليست من الغنيمه، لأنها قد كانت مالا للإمام (عليه السلام) قبل الفتح، نعم فى المسالک «يعلم كونها مواتا حينئذ بالنقل و القرائن و بوجودها ميته الآن مع الشک فى كونها عامره وقت الفتح لأصاله عدم العماره أصلا، بخلاف ما علم كونه معمورا قبل الفتح ثم خرب و شک فى وقت خرابه، فإنه يحكم بعمارته فيه استصحابا بالحكم الموجود و عدم تقدم الحادث».

و قال فيها أيضا قبل ذلک: «و أنه يعلم- أى العامر وقت الفتح- بنقل من يوثق به و دلاله القرائن الكثيره المفيده للعلم أو الظن المتآخم له».

و فى الروضه: «و يرجع الآن فى المحيا منها و الميت فى تلک الحال إلى القرائن، و منها ضرب الخراج و المقاسمه، فإن انتفت فالأصل يقتضى عدم العماره، فيحكم لمن بيده منها شى ء بالملک لو ادعاه».

قلت: لا يخفى أن واقع الأمر عدم قرائن تفيد ما ذكر فى هذا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الأنفال- من كتاب الخمس.

۲- ۲ راجع ج ۱۶ ص ۱۱۷- ۱۲۱.

الزمان الذی اشتبه الحال فیه، فلم یعلم المعمور منه وقت الفتح و مواته، فلا بد من تأصیل أصل یرجع إلیه.

و قد یقال: إن الأصل الموات، فیکون کل ما لم یعلم کونه معمورا وقت الفتح للإمام (علیه السلام) من غیر فرق بین ما لا یوجد فیه أثر عماره و بین ما یوجد و لکن لم یعلم أنها وقت الفتح أو متجدده بعده، خصوصا بعد ملاحظه ما دل (۱)علی أن الأرض کلها لهم (علیهم السلام) فتأمل جیدا، و خصوصا بعد ظهور النصوص فی کون الاحیاء سببا للملک، خرج ما علم کونه مملوکا للغیر بغیر الاحیاء، فیبقی ما عداه علی مقتضی السببیه المزبوره، و الله العالم.

و کذا له (علیه السلام) کل أرض لم یجر علیها ملک مسلم (لمسلم خ ل) بلا خلاف أجده فیه، بل قیل: إنه طفحت به عباراتهم، و فی التذکره الإجماع علیه، نعم فی التحریر و عن غیره فرضه فی موات أرض الإسلام.

و فیه أن إطلاق الأدله و عمومها یقتضی أن الموتان جمیعه للإمام (علیه السلام) من غیر فرق بین بلاد الإسلام و غیره، علی أنه منقوض بالذمی الذی ملک أرضا فی بلاد الإسلام معموره فماتت، کما أنه ینقض به

من اقتصر علی تقییدها بالموات من غیر ذکر بلاد الإسلام.

و بالجمله هذه الکلیه المزبوره مع تقییدها بما عرفت منقوضه بما سمعت و غیره فضلا عما لو بقیت علی إطلاق المتن، مع أنه لا داعی لها من تعبیر فی نص و غیره، فالأولی إیکال التفصیل إلی المستفاد من الأدله.

نعم الظاهر عدم الفرق بین الموات و بین المعده للانتفاع فی کونها معا للإمام (علیه السلام)، کما صرح به فی المسالک و غیرها، لا لاندراجها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب الأنفال- الحدیث- ۱۲- من کتاب الخمس.

فی اسم الموات، فإنک قد عرفت عدمه عرفا، بل للنصوص (۱)الوارده فی تعداد الأنفال المصرحه بأن منها- مضافا إلی الموات- کل أرض لا رب لها، و لا ریب فی شمولها للفرض الذی یمکن أن یکون منه شطوط الأنهار، و الله العالم.

و کل أرض جری علیها ملک المسلم فما دامت عامره فهی له أو لورثته بعده و ان ترک الانتفاع بها، بلا خلاف و لا إشکال، بل فی المسالک الإجماع علیه، و هو کذلک، بل إن لم یکن لها مالک معروف کانت من

مجهول المالک، بل فی المسالک «و إن خربت فان کان انتقالها بالقهر کالمفتوحه عنوه بالنسبه إلی المسلمین أو بالشراء و العطیه و نحوها لم یزل ملکه عنها أیضا إجماعا علی ما نقله فی التذکره عن جمیع أهل العلم».

قلت: الموجود فیما حضرنی من نسخه التذکره «لو لم تکن الأرض التی من بلاد الإسلام معموره فی الحال و لکنها کانت قبل ذلک معموره و جری علیها ملک مسلم فلا یخلو إما أن یکون المالک معینا أو غیر معین، فان کان معینا فاما أن تنتقل إلیه بالشراء أو العطیه و شبهها أو بالإحیاء، فإن ملکها بالشراء و شبهه لم تملک بالاحیاء بلا خلاف، قال ابن عبد البر:

أجمع الفقهاء علی أن ما عرف بملک مالک غیر منقطع أنه لا یجوز إحیاؤه لأحد غیر أربابه» إلی آخره.

و هو کما تری إنما حکی الإجماع عمن لا نعرفه، و إنما اقتصر هو علی نفی الخلاف، فان تم إجماعا کان هو الحجه، و إلا فقد یشکل ما کان ملک البائع له مثلا بالاحیاء

بما دل (۲)علی أن موتان الأرض لله

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال من کتاب الخمس.

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.

و لرسوله،

فضلا

عما دل (۱)على أن الأرض كلها لهم (عليهم السلام).

و لا يشكل ذلك باستصحاب الملك الذى لا يعارض الأدله، خصوصا ما دل (۲)منها على ملك المحيى الأرض الميته بالاحياء و إن كان صاحبها موجودا من غير تفصيل بين كون ملكه لها بالإحياء أو غيره.

بل مقتضى ما ذكره أن من كان بيده أرض معموره ثم ماتت و لم يعلم كيفيه ملكه لها تبقى ملكا له، و لا يجوز إحياؤها بدون إذنه.

و بالجمله المسلم من الإجماع المزبور إذا ملكه بغير الاحياء كالشراء من الامام (عليه السلام) مثلا، أما إذا كان أصل الملك بالاحياء ثم باعه من آخر أو ورثه منه آخر فالظاهر جريان البحث فى بقاء الملك لمن هو له على نحو الملك بالاحياء، إلا أنه يسهل الخطب بقاء الملك للمحيي الأول و إن ماتت الأرض كما ستعرف.

و على كل حال فان ماتت بعد أن كانت معموره فى يد مالكها و علم أن ملكه لها بالاحياء فضلا عمن لم يعلم و هو أو وارثه معلوم فالمحكى عن المبسوط و المهذب و السرائر و الجامع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد أنها باقيه على ملكه أو ملك وارثه، بل قيل: إنه لم يعرف الخلاف فى ذلك قبل الفاضل فى التذكره، فإنه حكى نحو مالك ملك المحيى الثانى، ثم قال: «لا بأس بهذا القول عندى».

نعم قيل: ربما أشعرت به عباره الوسيله، و اختاره فى المسالك و الروضه بعد أن حكاه عن جماعه منهم العلامه فى بعض فتاواه، و مال إليه فى التذكره، و فى الكفايه «أنه أقرب» و فى المفاتيح «أنه أوفق بالجمع بين الأخبار» بل فى جامع المقاصد «أن هذا القول مشهور بين الأصحاب».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب الأنفال- الحديث ۱۲- من كتاب الخمس.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۵.

و کیف کان فالعمده للقول الأخیر بعد العمومات السابقه و صحیح الکابلی (۱)السابق خصوص

صحیح معاویه بن وهب (۲)«سمعت أبا عبد الله (علیه السلام) یقول: أیّما رجل أتی خربه بائره فاستخرجها و کری أنهارها و عمرها

فان علیه الصدقه، فإن کانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و ترکها فأخربها ثم جاء بعد یطلبها فإن الأرض لله و لمن عمرها».

و زاد فی المسالک «أن هذه الأرض أصلها مباح، فإذا ترکها حتی عادت إلی ما کانت علیه صارت مباحه، کما لو أخذ من ماء دجله ثم رده إلیها، و أن العله فی تملک هذه الأرض الاحیاء و العماره، فإذا زالت العله زال المعلول، و هو الملک، فإذا أحیاها الثانی فقد أوجد سبب الملک، فیثبت الملک له، کما لو التقط شیئا ثم سقط من یده و ضاع عنه ثم التقطه غیره، فإن الثانی یکون أحق».

إلا أنهما معا کما تری لا یطابقان أصول الإمامیه، و إنما ذکرهما الفاضل فی التذکره دلیلا لمالک علی أصوله.

بل قد یناقش فی دلاله الصحیح المزبور باحتمال کون المراد أنها للأول الذی عمرها، خصوصا مع عدم فرض السؤال فیه عن وجود شخص آخر عمرها.

و أما العمومات فلا دلاله فیها علی ذلک، بل لعل ظاهر التملیک المستفاد من ظاهر اللام فیها عدم انقطاعه بموتها بعد إحیائها، کما هی قاعده الأملاک و مقتضی الاستصحاب الذی لا ینافیه سببیه الإحیاء للتملیک فی الجمله، إذ من المحتمل کونه سببا للابتداء و الاستدامه و إن ماتت،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

فانحصر الدليل حينئذ فى صحيح الكابلى (۱)الذى هو من جمله النصوص الداله على أن الأرض كلها لهم (عليهم السلام) التى قد عرفت الحال فيها فى الخمس (۲).

على أنه يمكن أن يكون من المتشابه الذى ينبغى أن يرد علمه إليهم (عليهم السلام) ضروره أنه إن كان المراد وجوب دفع الخراج على المحيى للأرض الميته فى زمن الغيبه التى لا إمام فيها من أهل البيت إلا القائم روحى له الفداء الذى ذكره الصحيح المزبور فهو لا يرجع إلى حاصل، خصوصا بعد استفاضه

النصوص (۳)منهم (عليهم السلام) على أن من أحيا أرضا ميته فهى له

الظاهره فى الملك للمحيي، فلا يستحق عليه الطسق الذى هو بمنزله الأجره، و إن كان المراد فى مقام ظهور الأمر فهو أشد إشكالا من الأول.

كل ذلك مضافا إلى ما ذكروه من الإشكال فى آخره من انتزاع الأرض من يد مالكها، و إلى ما عرفته من إعراض المشهور عنه.

و حينئذ فيكفى دليلا للمشهور أصاله بقاء الملك المستفاد من العموم الذى منه يعلم فساد الاستدلال به للثانى، مؤيدا بقاعده دوام الملك و عدم معلوميه كون الخراب مزيلا له.

و ب

خبر سليمان بن خالد(۴)المنجبر بما سمعت أنه سأل الصادق (عليه السلام) «عن الرجل يأتى الأرض الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها فما ذا عليه؟ قال: الصدقه، قلت:

فان كان يعرف صاحبها، قال: فليؤد إليه حقه»

بناء على إراده

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۲.

۲- ۲ راجع ج ۱۶ ص ۱۱۶- ۱۲۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب إحياء الموات.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۳.

ما ینافی ملک الثانی من الحق فیها من أداء نفس الأرض أو الأجره.

و بالنبوی (۱)«لیس لعرق ظالم حق»

بناء علی ما قیل فی تفسیره بأن یأتی الرجل الأرض المیته لغیره فیغرس فیها و إن کان قد یناقش بمنع کون الفرض میته للغیر، فإنه محل البحث بعد تسلیم

التفسیر المزبور الذی هو عن هشام بن عروه الذی لا حجه فی قوله. إلا أنک قد عرفت الغنیه عن ذلک کله باستصحاب الملک و غیره مما سمعت.

ثم إن مقتضی ذلک عدم جواز الاحیاء بدون الاذن، و عدم ترتب الملک علیه لو فعل کما عن جماعه.

لکن فی المسالک «عن المبسوط و المصنف فی کتاب الجهاد و الأکثر جواز الاحیاء، و صیروره الثانی أحق بها، لکن لا یملکها بذلک، بل علیه أن یؤدی طسقها إلی الأول أو وارثه، و لم یفرقوا فی ذلک بین المنتقله بالاحیاء و غیره من الأسباب المملکه حیث یعرض لها الخراب و تصیر مواتا» و لعل مستندهم ما سمعت من خبر سلیمان بن خالد(۲)بناء علی إراده الطسق من الحق فیه.

و أوجب فی الدروس علی المالک أحد الأمرین: إما الاذن لغیره أو الانتفاع، فلو امتنع فللحاکم الاذن، و للمالک طسقها علی المأذون، و لو تعذر الحاکم فالظاهر جواز الاحیاء مع الامتناع من الأمرین، و علیه طسقها.

و فی المسالک «إنما حاولوا فی هذین القولین الجمع بین الأخبار بحمل أحقیه الثانی فی الأخبار الصحیحه علی أحقیه الانتفاع بها بسبب الاحیاء و إن لم یکن

مالکا و وجوب الطسق من خبر سلیمان بن خالد(۳)- إلی

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳.

أن قـال:- و فی قیود الشـهید مراعـاه لحق المالـک و حق الأخبـار (الاحیاء خ ل) و أما القول الأول ففیه اطراح الأخبار الصـحیحه جمله، فکان ساقطا».

قلت: قـد عرفت أنه لاـ نصوص داله إلاـ صـحیح الکابلی (۱)الـذی سـمعت البحث فیه، مع أنه مشـتمل علی الطسق للإمـام (علیه السلام) لا المحیی الأول، ک

صحیـح عمر بن یزید(۲)«سـمعت رجلاـ من أهـل الجبـل یسـأل أبا عبـد الله (علیه السـلام) عن رجل أخـذ أرضا مما ترکها أهلها فعمرها و أکری أنهارها و بنی فیها بیوتا و غرس شجرا و نخلا، قال (علیه السلام) کان أمیر المؤمنین (علیه السلام) یقول: من أحیا أرضا من المؤمنین فهی له، و علیه طسقها یؤدیه إلی الامام فی حال الهدنه فإذا ظهر القائم فلیوطن نفسه علی أن تؤخذ منه».

و صحیح معاویه بن عمار(۳)الذی هو مجمل أو کالمجمل، و خبر سلیمان بن خالد(۴)

الذی یمکن بل قیل: إن الظاهر إراده نفس الأرض من حقه منها، فلا مخرج عن قاعده قبح التصرف فی مال الغیر، فضـلا عن أن یترتب له أحقیه بذلک علی وجه لا یجوز للمالک انتزاعها منه، فالمتجه حینئذ ذلک، خصوصا بعد أن لم یکن شاهد علی الجمع المزبور، سیما ما ذکره فی الدروس.

بقی الکلام فی وجه التقیید بالمسـلم مع أن مثله جار فی الذمی أیضا، لاشتراکهما معا فی الأدله المزبوره، و من ذلک یعلم ما فی الکلیه المزبوره کمـا أنه من التأمـل فیمـا ذکرنـا یعلم مـا فی غیرهـا من الکلیـات المـذکوره فی المقـام و غیره، حتـی مـا فی أول الکتاب، نحو قولهم الأرض قسمان:

عامر و موات، فالعامر ملک لأربابه، و الموات للإمام (علیه السلام)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب الأنفال- الحدیث ۱۳ من کتاب الخمس.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.
۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳.

ضروره احتیاج ذلک إلی تفصیل، لا أنه کذلک مطلقا.

فکان الأولی ترک الکلیات المزبوره و الاقتصار علی تفصیل الأحکام المستفاده من المدارک المخصوصه مع عدم استقصاء أقسام الأرضین هنا التی منها ما صولحوا أهلها علیها، و منها ما انجلی أهلها عنها، و منها ما باد أهلها و غیر ذلک مما هو مذکور فی الجهاد.

و لکن علی کل حال ینبغی أن یعلم أن الأدله و خصوصا ما تقدم منها فی کتاب الخمس (۱)ظاهره فی الاذن منهم (علیهم السلام) للشیعه أو مطلقا بالتصرف فی الأرض التی لهم من الأنفال، بل ظاهره فی ملک المحیی لها، و أنه لا شی ء علیه غیر الصدقه، أی الزکاه.

بل قد یستفاد الاذن منهم (علیهم السلام) أیضا فیما لهم الولایه علیه، کأرض الخراج فضلا عن غیره، و قد ذکرنا بعض الکلام فی ذلک فی کتاب البیع (۲)و فی کتاب الخمس (۳).

بل قد تقدم فی کتاب الجهاد(۴)ما یدل علی صحه کلیه کل أرض ترک أهلها عمارتها کان للإمام (علیه السلام) تقبیلها ممن یقوم بها و علیها طسقها لأربابها، و کلیه کل أرض موات سبق إلیها سابق فأحیاها کان أحق بها، و إن کان لها مالک معروف فعلیه طسقها، بل ستسمع فی الإقطاع انتزاع الحاکم ما أقطعه إذا ترک المقطع العماره، و هو مع بعض النصوص هناک مؤید لذلک فی الجمله، و الله العالم.

هذا و لا یخفی علیک أن ذلک کله إن کان للأرض

۱- ۱ راجع ج ۱۶ ص ۱۳۴- ۱۴۱.

۲- ۲ راجع ج ۲۲ ص ۱۸۶- ۱۸۹.

۳- ۳ راجع ج ۱۶ ص ۱۵۶- ۱۵۹.

۴- ۴ راجع ج ۲۱ ص ۱۷۶- ۱۸۵.

المزبوره مالک معروف. و أما إذا لم يکن لها مالک معروف للجهل به أو لهلاکه و کانت ميته فهى للإمام (عليه السلام) إجماعا محکيا عن ظاهر السرائر و التذکره و جامع المقاصد و صريح المفاتيح فى الثانى، و الخلاف فى الأول.

إلاـ أن الجميع لم أتحققه، بـل لم أعرف وجهه، ضـروره کونهـا من مجهول المالک مع فرض عـدم زوال ملک الأول بالموات و عدم هلاکه. نعم لو مات هو و وارثه کانت للإمام (عليه السلام) باعتبار أنه وارث من لا وارث له.

و أولى من ذلک بذلک ما لو کانت حيه، و إن أطلق فى بعض العبارات کونها للإمام (عليه السـلام) حتى المتن لو لا إشعار قوله و لا يجوز إحياؤها إلا باذنه. و لو بادر مبادر فأحياها من دون إذنه (عليه السلام) مع حضوره لم تملک فى کون الأرض ميته.

اللهم إلا أن يثبت من الأدله إخراج خصوص الأرض من بين مجهول المالک فى کونها للإمام (عليه السـلام) و لو لانـدراجها فى الخربه التى ورد فى النصوص (۱)أنها من الأنفال أو فيما لا رب لها، خصوصا مع عدم العلم بوجود المالک، أو قلنا بخروجها عن ملک الأول بالموت إذا فرض أن ملکه لها بالاحياء، و لکن قد عرفت ما فى الأخير.

کل ذلک مع أنک قـد عرفت سابقا أن العمومات المزبوره تقتضـى الاذن فى الاحياء، فلا يکون حينئذ مورد لما ذکره المصـنف إلا فى الزمان السابق على صدورها أو بمنع دلالتها على الاذن، و فيه البحث السابق.

و مما ذکرنا يظهر لک ما فى المسالک من الفرق بين الحيه و الميته مع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الأنفال- من کتاب الخمس.

جهل المالك، فأخرج الأولى عن ملك الامام (عليه السلام) بالخصوص بخلاف الثانيه، هذا كله مع الحضور.

و أما مع الغيبه ففى المتن و بعض كتب الفاضل أنه إن كان الامام (عليه السلام) غائبا كان المحيى أحق بها ما دام قائما بعمارتها، فلو تركها فبادت آثارها فأحياها غيره ملكها، و مع ظهور الامام (عليه السلام) يكون له رفع يده عنها.

و لكن- مع أنه لا دليل له على ذلك- لا يخلو من تناف بين قوله أولا: «أحق» مشعرا بعدم الملك و بين قوله ثانيا: «ملكها» و لعله لذا فسرها فى المسالك بأنه لم يملكها المحيى ملكا تاما، لأن للإمام (عليه السلام) بعد ظهوره رفع يده عنها، و لو ملكها ملكا تاما لم يكن له ذلك.

قلت: بل عن التذكره التصريح بالأحقيه و أنه لا يملكها، و مقتضاه عدم جواز التصرف فيها ببيع و نحوه مما يمكن القطع بخلافه و لو من السيره القطعيه فضلا عن النص و الفتوى.

فمع فرض إراده نحو ذلك من عدم تماميه الملك التى سمعتها من ثانى الشهيدين كان واضح الفساد، و إن أريد بها ما لا ينافى انتزاع الامام (عليه السلام) لها بعد ظهوره خاصه و إلا فقبله يتصرف فيها تصرف الملاك فهو نزاع قليل الجدوى، إذ هو مع ظهوره أعلم بما يفعله.

و على كل حال فالمتجه بناء على ما ذكرناه سابقا ملك المحيى لها أولا، و بقاؤها على ملكه و إن تركها و بادت آثارها ما لم تكن على جهه الإعراض عنها بحيث يملكها غيره إن قلنا به، إما لحصول الاذن منهم (عليهم السلام) بالعمومات السابقه أو لسقوط اشتراط الاذن فى زمن الغيبه.

و ربما قيل: إن مستند التفصيل المزبور النصوص المزبوره، و فيه

أنه ليس فى شـى ء منها ما يدل على ذلك فى الجمله إلا صـحيح الكابلى (۱)المشتمل على الطسق المؤدى للإمام (عليه السلام) من أهل البيت.

و لذا قال فى المسالك: «إنه ظاهر فى حال وجود الامام (عليه السلام)» و إن كان فيه أن

قوله (عليه السلام) بعد ذلك فيه: «إلى أن يظهر القائم»

إلى آخره ظاهر فى زمن الغيبه، بل قد يدعى ظهوره فى عدم الطسق حينئذ، نعم هو ظاهر فى إبقائها فى يد الشـيعه بعد الظهور مع المقاطعه، و لم يشر إليه المصنف.

نعم فى المسالك عن التحرير أنه اشترط ذلك، فقال: «إن للإمام (عليه السلام) رفع يده عنها إذا لم يتقبلها بما يتقبلها غيره».

و فيه أن ذلك غير مستفاد من الصحيح المزبور، نعم هو دال على خصوص لطف و

إكرام للشيعه فى المقاطعه المزبوره، لكن قد عرفت حال الصحيح المزبور.

بـل يزيـد ما ذكرنا أن مقتضاه عـدم الفرق فيما ذكره بين الأراضـى جميعها و بين حالى الحضور و الغيبه فى عـدم الملك أصـلا، فالتحقيق ما ذكرناه.

كل ذلك مضافا إلى ما فى ذلك من المنافاه لما ذكره أولا من أنه متى جرى عليها ملك مسلم كانت له و لورثته مع فرض كونه معينا، فكيف يملكها الثانى و لو ملكا تاما؟

و من هنـا يظهر أن إرجـاع الملكيه فى كلامه إلى الأحقيه أولى، حتى يكون موافقا لأحـد الأقوال السابقه و إلا كان خارجا، لكن المتجه دفع الأجره للمحيى الأول، كما سمعته من القائل به.

و لعل هذا من جمله التشويش الذى أشرنا إليه فى كلمات بعضهم،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من كتاب إحياء الموات.

و مثله ما فی القواعد، فإنه بعد أن ذكر أن الميت من الأراضی يملك بالأحياء، و أن المراد بالميت ما خلا عن الاختصاص و لا ينتفع به إما لعطلته أو لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستئجامه أو لغير ذلک، و أنه للإمام (عليه السلام) خاصه لا يملكه الآخذ و إن أحياه ما لم يأذن له الامام (عليه السلام) فيملكه إن كان مسلما بالاحياء و إلا فلا قال: «و أسباب الاختصاص سته: الأول العماره، فلا يملك معمور، بل هو لمالكه و إن اندرست العماره، فإنها ملك المعين أو للمسلمين إلا أن يكون عماره جاهليه و لم يظهر أنها دخلت فی أيدی المسلمين بطريق الغنيمه فإنه يصح تملكها بالاحياء، و لا فرق فی ذلک بين الدارين، إلا أن المعمور الحرب يملك بما يملك به سائر أموالهم، و مواتها الذی لا يذب المسلمون عنه فإنها تملك بالاحياء، و لو استولى طائفه من المسلمين على بعض مواتهم ففی اختصاصهم بها من دون الاحياء نظر، ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك».

مع أنه لا يخفی عليک ما فی توقفه الأخير، ضروره أن استيلاء الطائفه إن كان بإذن الإمام (عليه السلام) فهو من المفتوح عنوه و مواته للإمام (عليه السلام) إجماعا، و إلا فهو غنيمه بغير إذنه للإمام (عليه السلام) أيضا إجماعا.

و من هنا قال فی الدروس: «موات الشرك كموات الإسلام، فلا يملك الموات بالاستيلاء و إن ذب عنه الكفار، بل و لا تحصل به الأولويه، و ربما احتمل الملك أو الأولويه تنزيلا للاستيلاء كالأحياء أو كالتحجر، و الأقرب المنع، لأن الاستيلاء سبب فی تملك المباحات المنقوله و الأرضين المعموره، و الأمران منتفيان هنا» إلى آخره.

نعم عن أحد وجوه الشافعيه الملک کالمعمور، و عن آخر الاختصاص به کالتحجیر، و الثالث کما قلناه من عدم الملک بذلک و عدم التحجیر، بل قد یقال بعدم کونه من الغنیمه، ضروره کونه ملکا للإمام (علیه السلام) و هو فی أیدی الکفار، و أقصی ما حصل باستیلاء الطائفه المزبوره استخلاص المغصوب و رده إلی أهله.

و کذلک قوله قبل ذلک: «و مواتها» إلی آخره الصریح فی الفرق بین موات الإسلام و الکفر بالنسبه للکافر، إذ فیه أنه لا دلیل علی ذلک.

بل المحکی عن الخلاف أنه قال: «الأرضون العامره فی بلاد الشرک التی لم یجز علیها ملک أحد للإمام (علیه السلام) خاصه لا یملکها أحد بالاحیاء إلا أن یأذن له» ثم ادعی إجماع الفرقه و أخبارهم، و نحوه عن المبسوط.

بل فی محکی التذکره «و إن لم تکن- أی أرض بلاد الکفر- معموره فهی للإمام (علیه السلام) لا یجوز لأحد التصرف فیها إلا بإذنه عند علمائنا» بل فی الدروس إن ما لم یذبوا عنه کموات الإسلام قطعا.

کل ذلک مضافا إلی ما تقتضیه الأدله السابقه التی لا فرق فیها بین موات الإسلام و موات الکفر و بین من بلغه الدعوی منهم و لم من تبلغه.

هذا مع ما فی کلامه السابق أیضا من عدم الملک مع العماره و إن اندرست، ضروره عدم تمامیته إذا باد المالک الأول و انتقل إلی الامام (علیه السلام) و کذا لو جهل أو لم یعلم حاله إن قلنا بأن مثله یکون للإمام (علیه السلام) أیضا.

کما أنه لا فرق فیها بین ما هو بقرب العامر من الموات و غیره، ف یصح حینئذ إحیاؤه بلا خلاف أجده فیه بیننا،

و لا إشكال، لإطلاق الأدله إذا لم يكن مرفقا للعامر و لا حريما له كما ستعرفه فى الشرط الأول.

خلافا لأبى حنيفه و الليث، فمنعنا من إحيائه، لأنه قد يحتاجه العامر، و هو اجتهاد فاسد فى مقابل إطلاق الأدله، مضافا إلى ما

روى عن النبى (صلى الله عليه و آله)(۱)من أنه أقطع بلال بن الحارث المزنى العقيق

الذى هو قريب من عماره المدينه.

و المدار فى القرب و البعد العرف، لكن عن أبى حنيفه تحديده بأنه الذى إذا وقف الرجل فى أدناه و صاح بأعلى صوته لم يسمع المصغى إليه، و عن الليث تحديده بغلوه. و هو كما ترى اجتهاد فى اجتهاد.

و المرفق كمسجد و مقعد و منبر من جمله الحريم الذى عرفه الشهيد كما قيل بأنه الموضع القريب من موضع معمور يتوقف انتفاع ذلك المعمور عليه و لا يد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا حينئذ، فعطفه عليه من عطف العام على الخاص، و ربما قيل باختصاص الحريم و عموم المرفق، و الله العالم.

[يشترط فى التملك بالإحياء شروط خمسه]

اشاره

و يشترط فى التملك بالإحياء زياده على ما عرفته من اعتبار الاذن و ما تعرفه من انتفاء الحمى و من كيفيه الإحياء شروط خمسه نعم زاد فى الدروس على ذلك كله قصد التملك، و فى المسالك أن المصنف أشار إليه بذكر الشرائط المزبوره للتملك الذى هو إراده الملك، فيستلزم القصد بخلاف ما لو جعلها شرطا للملك.

و فيه أنه لا دليل على اشتراط ذلك، بل ظاهر الأدله خلافه، و الإجماع مظنه عدمه لا العكس، كما أن دعوى الانسياق من النصوص و لا أقل من الشك واضحه المنع و إن مال إليه فى الرياض لذلك.

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۱۴۹.

و عدم ملك الوكيل و الأجير الخاص لا لعدم قصد تملكها و قصد تملك غيرهما، بل لصيروره الاحياء الذى هو سبب الملك لغيرهما بقصد الوكاله و الإجاره، فيكون الملك له، فلا يستفاد من ذلك اشتراط قصد التملك كما توهم.

بل لا يستفاد منه اعتبار عدم قصد العدم فضلا عن القصد، ضروره ظهور الأدله فى أنه متى وجد مصداق إحياء ترتب الملك عليه و إن قصد العدم، لأن ترتب المسبب على السبب قهرى و إن كان إيجاد السبب اختياريا، اللهم إلا أن يشك فى السبب حينئذ.

و فيه منع، لإطلاق الأدله، بل لعل ما سمعته من ملك الموكل و المستأجر بفعل الوكيل و الأجير الخاص و إن لم يقصد الاحياء دليل على ما قلنا، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا، فالمتجه حينئذ إراده الملك من التملك و إنكار ذلك شرطا، و الله العالم.

[الشرط الأول أن لا يكون عليها يد]

و كيف كان ف الأول أن لا يكون عليها يد تعرف لمسلم أو ما لم يعلم فسادها كى تكون محترمه فإن ذلك يمنع من مباشره الإحياء لغير المتصرف بلا خلاف أجده بين من تعرض له.

نعم عن بعضهم ترك هذا الشرط معللا بأن اليد إن لم ترجع إلى أحد هذه الأمور لا أثر لها.

و فيه أن فائدتها تظهر مع اشتباه الحال، فإنها محكوم باحترامها ما لم يعلم فسادها و إن لم يعرف خصوص الموجب لها.

و عن حواشى الشهيد أن المراد باليد اليد المصاحبه للإحياء أو العماره و لو بالتلقى ممن فعل ذلك أو أرض أسلم عليها أهلها طوعا لا مطلق اليد.

و فيه عدم انحصار جهه الاحترام بهما، إذ لعله بالحمى و نحوه.

نعم قيل: إن هذا الشرط مبنى على ما سبق من عدم بطلان الملك

بالموت مطلقا، أی فی زمن الغیبه و الحضور، سواء کان الملک بالشراء أو الاحیاء.

و فیه أنه علی البطلان تکون حینئذ من الید المعلوم فسادها کما صرح به فی المسالک، و علی عدمه هی ملک للأول و إن اندرست آثاره و لم یبق له ید علیها.

نعم ربما أبدل الید فی الشرط المزبور بالملک کما وقع فی بعض کتب الفاضل، و کأنه من اقتضاء الید ذلک مع عدم العلم بالفساد، و ربما کان حینئذ لبناء الشرط المزبور علی المسأله وجه.

و لکن فیه أن الدلیل کما ستعرف یقتضی عدم ترتب الملک بإحیاء ما کان فی الید المحترمه و إن لم یعلم الملک بها، بل کانت محتمله له و للحق.

بل یمکن دعوی ذلک حتی مع العلم بعدم کونها مالکه و لکن محتمله للحقیه التی هی غیر الملکیه، لأصاله احترام الید، و للشک فی ترتب الملک بالاحیاء معه إن لم یکن ظاهر الأدله عدمه، خصوصا بعد ملاحظه الفتوی و مفهوم

المرسل (۱)«من أحیا میته فی غیر حق مسلم فهی له»

و إن لم یکن موجودا فی طرقنا، و لکنه منجبر بالعمل، فیمکن أخذه دلیلا مستقلا، فضلا عن حصول الشک به، مضافا إلی فحوی ما تسمعه فی التحجیر و الحمی و نحوهما و صدق الظلم و نحوه، و الله العالم.

[الشرط الثانی أن لا یکون الموات حریما لعامر]

اشاره

الشرط الثانی أن لا یکون الموات حریما لعامر: بستان أو دار أو قریه أو بلد أو مزرع أو غیر ذلک مما یتوقف الانتفاع بالعامر علیه کالطریق و الشرب و حریم البئر و العین و الحائط بلا خلاف أجده فیه کما اعترف به غیر واحد، بل فی التذکره «لا نعلم خلافا بین علماء الأمصار أن کل ما یتعلق بمصالح العامر کالطریق و الشرب و مسیل

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۴۲.

ماء العامر و مطرح قمامته و ملقی ترابه و آلاته، أو لمصالح القریه کقناتها و مرعی ماشیتها و محتطبها و مسیل میاهها لا یصح لأحد إحیاؤه، و لا یملک بالاحیاء، و کذا حریم الآبار و الأنهار و الحائط و کل مملوک لا یجوز إحیاء ما یتعلق بمصالحه، لمفهوم المرسل المزبور(۱)و لأنه لو جاز إحیاؤه أبطل الملک فی العامر علی أهله، و هذا مما لا خلاف فیه» بل عن جامع المقاصد الإجماع علیه.

و هو الحجه بعد قاعده الضرر و المرسل المزبور و

صحیح أحمد بن عبد الله (۲)علی الظاهر «سألت الرضا (علیه السلام) عن الرجل تکون له الضیعه و یکون لها حدود تبلغ حدودها عشرین میلا و أقل و أکثر یأتیه الرجل فیقول له: أعطنی من مراعی ضیعتک و أعطیک کذا و کذا درهما فقال: إذا کانت الضیعه له فلا بأس»

و نحوه صحیح إدریس بن یزید أو خبره (۳).

بل ربما کان ظاهرهما الملکیه بناء علی إراده البیع و نحوه من الإعطاء فیهما، کما عن الشیخ و بنی البراج و حمزه و إدریس و سعید و الفاضل و ولده و غیرهم، بل فی المسالک أنه الأشهر.

مضافا إلی أنه مکان استحقه بالاحیاء فملک کالمحیی، و لأن معنی الملک موجود فیه، لدخوله مع المعمور فی بیعه، و لیس لغیره إحیاؤه و لا التصرف فیه بغیر إذن

المحیی، و لأن الشفعه تثبت فی الدار بالشرکه فی الطریق المشترک المصرح فی النصوص المزبوره(۴)ببیعه معها، و لإمکان

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۴۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب عقد البیع- الحدیث ۱ عن إدریس بن زید.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب الشفعه.

دعوى كونه محيا باعتبار أن إحياء كل شى ء بحسب حاله.

خلافا لظاهر جماعه أو صريحهم من عدم الملك، بل هى من الحقوق لعدم الاحياء الذى يملك به مثلها.

و فيه ما عرفت من منع عـدم حصول الإحياء الذى لا يعتبر فيه مباشـرته كل جزء جزء، فان عرصه الدار تملك ببناء الدار دونها، و منع توقف الملك على الاحياء، بل يكفى فيه التبعيه للمحيا، و تظهر الثمره فى بيعها منفرده.

إلا أنه ينبغى أن يعلم أن السيره المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار تقتضى عدم اجتناب بعض ما هو حريم للقريه مثلا.

بل لعلها تقتضـى فى ابتداء حدوث القريه أن لكل أحد النزول قريب الآخر و ان اقتضى ذلك بعدا فى مرمى قمامته مثلا، كما إذا اتفق نزول أحد فى مرعى ماشيه البلد أو القريه أو محطبهم لم يكن عليه

اعتراض بعد استبعاد نزول أهل البلد و القريه المتجاورين، و حقوق بلدهم و قريتهم خارج عنهم دفعه، فليس هو إلا لما ذكرنا من عدم التسـلط على منع التنازل و ان اسـتلزم بعد بعض الحقوق، و إلا لكان بين كل واحد أو جماعه مسافه بعيده. اللهم إلا أن يقال بعدم العلم بالحال مع كون المدار على الضرر، و الله العالم.

و على كـل حـال ف حـد الطريق لمن ابتكر مـا يحتـاج إليه أى الطريق فى الأـرض المباحه خمس أذرع بمعنى على المحيى بعد الأول التباعد عنه بذلك، كما يومئ إليه قوله بعد ذلك:

«فالثانى يتباعد».

لكن فيه أن التحديـد المزبور للأـعم من ذلك، حتى لو أراد المحيى الأول أن يحيى بعـد ما أحياه أولا شـيئا آخر يحتاج معه إلى الطريق، أو

كان الاحياء من الاثنين مثلا دفعه، بل و من مباح كان يستطرق أو لا و لكن بإحيائه يستعد للاستطراق.

و بالجمله متى احتيج إلى الطريق فى الأرض المباحه التى يراد إحياؤها فحده خمس أو سبع. و يمكن حمل عباره المتن على ذلك أيضا.

و فى النافع وصف الطريق بالمبتكر، و لعله يريد ما ذكرناه من وضع طريق لما هو معد للاستطراق لما يريد إحياؤه من الموات و إن لم يكن فى السابق هذا الموات مستطرقا، نعم فيه أيضا أن الأمر أعم من ذلك مع إمكان إرادته له أيضا.

و فى الرياض تفسير المبتكر بالملك المحدث فى المباح من الأرض إذا تشاح أهله، فحده خمس أذرع.

و فيه أن المسأله غير خاصه فى صور التشاح، بل لو اتفق المالكان على الأقل لم يجز لهم ذلك فى الطريق العام.

و على كل حال فظاهر المصنف اختيار الخمس، كالفاضل فى بعض كتبه و محكى المقتصر خاصه. لكن عن الفخر نسبته إلى كثير، بل الحواشى و الإرشاد نسبته إلى الأكثر و إن كنا لم نتحققه،

للموثق (۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا تشاح قوم فى طريق فقال بعضهم:

سبع أذرع و قال بعضهم: أربع أذرع، فقال أبو عبد الله (عليه السلام):

بل خمس أذرع»

مؤيدا بما فى المسالك من أصاله البراءه من الزائد، و الظاهر إرادته براءه ذمه المحيى الثانى عن وجوب اجتناب الأزيد من الخمس، و حينئذ فيوافقه إطلاق الاذن فى الاحياء المقتصر فى المنع منه على المتيقن، و هو الخمس.

لكن فيه أنه يمكن معارضته بأصاله حل المنع من الأول عن مقدار

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۵- من كتاب الصلح.

السبع التی هی المتیقن فی جواز إحیاء ما تعلق به حق الغیر، و من هنا جعل ذلک فی الریاض دلیلا للتحدید بالسبع و إن کان هو لا یخلو من شی ء.

و قیل و القائل الشیخ و القاضی و التقی و الحلی و یحیی بن سعید و الفاضل فی جمله أخری من کتبه و ولده و الشهیدان و الکرکی و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم سبع أذرع و حینئذ فالثانی یتباعد هذا المقدار

لخبر مسمع (۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «الطریق إذا تشاح علیه أهله فحده سبع أذرع»

و نحوه

خبر السکونی (۲)و النبوی (۳)«إذا اختلفتم فی الطریق فاجعلوه سبع أذرع».

و فی جامع المقاصد «و قد ینزل خبر البقباق (۴)علی ما إذا لم تدع الحاجه إلی أزید من الخمس إن لم یلزم من ذلک إحداث قول ثالث، فان لزم فالعمل علی السبع».

و لکن فی المسالک «و یمکن حمل اختلاف الروایات علی اختلاف الطرق، فان منها ما یکفی فیه الخمس، کطرق الأملاک و التی لا تمر علیها القوافل و نحوه غالبا، و منها ما یحتاج إلی السبع؛ و قد یعرض احتیاج بعضها إلی أزید من السبع، کالطریق التی یمر علیها الحاج بالکنائس و نحوها، فیجب مراعاه قدر الحاجه بالنسبه إلی الزائد علی المقدر، أما النقصان فلا».

و هو أولی بکونه إحداث قول ثالث و إن نفی عنه البعد فی الکفایه و مال إلیه فی المفاتیح، بل هو کأنه من الاجتهاد فی مقابل إطلاق الأدله،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۵.

۳- ۳ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۵۴.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۵- من کتاب الصلح- الحدیث ۱.

مضافا إلی ما فیه من منع عدم جواز النقصان مع فرض الانحصار فیهما فان الحق لهما.

لکن فی الـدروس «لاـ فرق بین الطریق العام أو ما یختص به أهل قری أو قریه فی ذلک، نعم لو انحصـر أهل الطریق فاتفقوا علی اختصاره أو تغییره أمکن الجواز، و الوجه المنع، لأنه لا ینفک من مرور غیرهم و لو نادرا».

و فیه أن الملـک أو الحق لهم دون غیرهم، و الناس مسـلطون علی أموالهم، نعم لا یجوز ذلک فی الطریق العام، فیلزموا به أجمع مـع التسـاوی و إلاـ فـالمحیی الثـانی، بـل إن لم یکن حـاکم یلزمه بـذلک وجب علی المکلفین من بـاب الحسـبه، و لو أدی نظر الحاکم إلی تغییره أو تبدیله فالظاهر الجواز.

و لو زادوها علی السبع و استطرقت ففی الدروس جواز إحیاء ما زاد علی السبع.

و فیه- مع منافاته لقاعده تعلق حق الغیر بإحیائه- أنه مناف

للموثق (۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «قلت له: الطریق الواسع هل یؤخذ منه شی ء إذا لم یضر بالطریق؟ قال: لا».

و احتمال حمله علی ما إذا کان سبعا لا داعی له، و لعله لذا جزم فی المسالک بعدم جواز إحداث ما یمنع الماره فی الزائد.

و الظـاهر زوال حرمه الطریق باستئجامهـا و انقطـاع المرور علیهـا و إن توقع عودهـا، خلافـا للـدروس و المسالـک فضـلا عمـا لو اسـتطرق الناس غیرها و أدی ذلک إلی الأعراض عن الأول رأسا لکون الثانیه أسـهل و أخصـر الـذی وافق فی المسالک علی أن الظاهر لحوق حکم الموات للأول مع شهاده القرائن علی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۷- من أبواب عقد البیع- الحدیث ۱ من کتاب التجاره.

استمرار الأول على الهجران و إن كان فيه أنه لا حاجه إلى شهاده القرائن، و الله العالم.

و حريم الشرب بكسر أوله الذى هو هنا النهر و القناه و نحوهما بمقدار مطرح ترابه و المجاز على حافتيه للانتفاع به و لإصلاحه على قدر ما يحتاج إليه عاده بلا خلاف أجده فيه، و يومئ إليه- مضافا إلى أنه المحتاج إليه فى تنقيته لإجراء مائه-

مرفوع إبراهيم بن هاشم (۱)«حريم النهر حافتاه و ما يليهما».

و لو كان النهر فى ملك الغير فادعى الحريم قضى له به مع يمينه فى وجه لأنه يدعى ما يشهد به الظاهر من الحريم الذى لا ينفك عن النهر غالبا.

و لكن فيه تردد لأن يد مالك الأرض على ملكه الذى من جملته موضع التحريم، و هو مانع من إثباته، و من ثم لم يثبت الحريم للأملاك المتجاوره، و لأن ثبوت الحريم موقوف على التقدم فى الاحياء أو المقارنه، و كلاهما غير معلوم، فسبب استحقاق الحريم حينئذ غير متحقق، و لا يد لصاحب النهر إلا على النهر، و إنما اليد لصاحب الأرض، و هى أقوى من اقتضاء النهر الحريم على بعض الأحوال، فلا يترك المعلوم بالمحتمل، و لعله الأقوى.

و لا ينافى ذلك تبعيه الحقوق لإطلاق البيع مثلا، فان ذلك لا يقضى بتبعيتها لمطلق الملك الذى يمكن حصوله مجردا عن جميعها.

فمع فرض العلم بكون النهر فى ملك الغير و يمكن كونه مملوكا بلا حريم كما لو باعه إياه كذلك يكون حينئذ هو المدعى، و صاحب الملك هو المنكر، لأنه الذى يدعى عليه استحقاق الزائد، و هو معنى فرض

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۴.

النهر فی ملک الغیر بلا ید لذی النهر علی حافتیه و لا تصرف، و إلا فلو فرض کونه کذلک خرج عن موضوع المسأله، و کذا لو فرض کون النهر مملوکا لشخص و ما جاوره من الأرض ملکا لآخر، إنما الکلام فیما لو علم کون النهر فی ملک الغیر خاصه، فتأمل جیدا، فإنه دقیق جدا، و الله العالم.

و حریم بئر المعطن بکسر الطاء التی یستقی منها لشرب الإبل أربعون ذراعا من کل جانب. و بئر الناضح و هو البئر الذی یستقی علیه للزرع و غیره ستون ذراعا، فلا یجوز لأحد إحیاء المقدار المزبور بحفر بئر أخری أو غیره کزرع أو شجر أو نحوهما و إن ظهر من بعض النصوص (۱)و الفتاوی خصوص حفر بئر أخری إلا أن المتجه الأعم، ضروره اشتراک الجمیع فی الضرر علی ذی البئر المزبوره، بلا خلاف معتد به أجده عندنا فی التقدیر المزبور و إن استفاض حکایه الشهره علیه علی وجه یظهر منه الاعتداد بالمخالف.

بل فی التذکره نسبه ذلک إلی علمائنا، مشعرا بالإجماع علیه کقوله فی التنقیح:

«علیه عمل الأصحاب» بل عن الخلاف الإجماع علی أن حریم البئر أربعون ذراعا.

و فی الغنیه «روی أصحابنا أن حد ما بین بئر المعطن إلی بئر المعطن أربعون ذراعا، و ما بین بئر الناضح إلی بئر الناضح ستون ذراعا، و ما بین بئر العین إلی بئر العین فی الأرض الصلبه خمسمائه ذراع، و فی الرخوه ألف ذراع، و علی هذا لو أراد غیره حفر بئر إلی جانب بئره لیسرق منها الماء لم یکن له ذلک بلا خلاف، و لا یجوز له الحفر إلا أن یکون بینهما الحد الذی ذکرنا».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۵.

كل ذلك مضافا إلى

خبر عبد الله بن مقفل (۱)المنجبر بما سمعت عن النبى (صلى الله عليه و آله) «من احتفر بئرا فله أربعون ذراعا حولها لعطن ماشيته».

و قوى السكونى (۲)عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): «ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعا، و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعا، و ما بين العين إلى العين خمسمائه ذراع».

و عن قرب الاسناد(۳)أنه روى مثل ذلك إلا أنه زاد «و حريم البئر المحدثه خمسه و عشرون ذراعا».

و فى الفقيه (۴)«قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) أن البئر حريمها أربعون ذراعا لا يحفر إلى جنبها بئر أخرى لعطن أو غنم».

و حينئذ فما فى

صحيح حماد بن عثمان (۵)المروى فى الكافى «سمعت الصادق (عليه السلام) يقول: حريم البئر العاديه أربعون ذراعا حولها».

قال: «و فى روايه أخرى (۶)خمسون ذراعا إلا أن تكون إلى عطن أو طريق، فيكون أقل من ذلك إلى خمسه و عشرين ذراعا».

لا عامل به.

و كأنه أشار إلى

خبر وهب بن وهب (۷)عن جعفر بن محمد عن أبيه (عليهما السلام) «أن على بن أبى طالب (عليه السلام) كان يقول:

حريم البئر العاديه خمسون ذراعا إلا أن تكون إلى عطن أو إلى طريق، فيكون أقل من ذلك خمسه و عشرين ذراعا».

و على كل حال هو غير واضح المعنى و إن قال فى المسالك: «و نسبه

۱- ۱ كنز العمال- ج ۳ ص ۵۱۷ ط عام ۱۳۷۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من كتاب إحياء الموات الحديث ۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من كتاب إحياء الموات الحديث ۹.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۱- من كتاب إحياء الموات الحديث ۷.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۱- من كتاب إحياء الموات الحديث ۱.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱۱- من كتاب إحياء الموات الحديث ۲.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۱۱- من كتاب إحياء الموات الحديث ۸.

البئر إلى العاديه إشاره إلى إحداث الموات، لأن ما كان فى زمن عاد و ما شابهه فهو موات غالبا، و خص عادا بالذكر لأنها فى الزمن الأول كان لها آثار فى الأرض فنسب إليها كل قديم- ثم قال-: و بسبب اختلاف الروايات و عدم صحتها جعل بعضهم حريم البئر ما يحتاج إليه فى السقى منها، و موضع وقوف النازح و الدولاب، و تردد البهائم، و مصب الماء، و الموضع الذى تجتمع فيه لسقى الماشيه و الزرع من حوض و غيره، و الموضع الذى يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العاده».

و كأنه مال إليه و تبعه عليه فى المفاتيح إلا أنا لم نجد ذلك لأحد منا و إن حكاه فى الكفايه عن أبى على، لكن فى المختلف عنه أنه «لو كان بقرب المكان الذى يريد الحافر حفر البئر فيه بئر عاديه محفوره قبل الإسلام و ماؤها نابع يمكن شربه بالنزع فقد

روى عن رسول الله (صلى الله عليه و آله)(۱)أنه قال: حريم البئر إذا كانت حفرت فى الجاهليه خمسون ذراعا، و إن كانت حفرت فى الإسلام فحريمها خمس و عشرون ذراعا- ثم قال-: و لو كان البلاد مما لا يسقى الماء فيها إلا بالناضح كان حريم بئر الناضح قدر عمقها من الناضح،

و قد جاء فى الحديث (۲)عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أن حريم بئر الناضح ستون،

و قد يحتمل أن ذلك قدر عمق الآبار فى تلك البلاد التى حكم بذلك فيها».

و هو كما ترى أجنبى عن ذلك، بل فى المسالك حكى عن ابن الجنيد فى الناضح ما سمعته أيضا، نعم هو محكى عن الشافعى.

و دعوى أنه المتجه جمعا بين النصوص يدفعها عدم التكافؤ، و بعد تسليم الانتقال إلى الجمع المزبور و عدم الاحتياج إلى الشاهد فلا محيص حينئذ عما عليه الأصحاب المحتمل كون حكمه تعبد التقدير فيه رفع النزاع الذى ربما

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۸- من کتاب إحياء الموات- الحديث ۳.

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۸- من کتاب إحياء الموات- الحديث ۴.

یؤدی إلی تلف النفوس و غیرها، و لو لا ذلک لأمکن الجمع بوجوب الأقل و أولویه الزائد أو بغیر ذلک، إلا أن ذلک بعد النص و الفتوی لا وجه له خصوصا بعد ظهور حکمه التعبد الرافع للاختلاف.

و منه تحدید حریم العین ب ألف ذراع فی الأرض الرخوه و فی الصلبه خمسمائه ذراع الذی فی محکی الخلاف علیه إجماع الفرقه و أخبارهم، و التذکره عند علمائنا، و فی التنقیح علیه عمل الأصحاب، و فی جامع المقاصد إطباق الأصحاب.

و فی

خبر عقبه بن خالد(۱)المنجبر بما عرفت و بروایه المشایخ الثلاثه له عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «یکون بین البئرین إذا کانت أرضا صلبه خمسمائه ذراع و إن کانت أرضا رخوه ألف ذراع».

و به یقید ما فی

مرسل حفص (۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) المروی فی الکافی «یکون بین العینین ألف ذراع»

و ما فی

خبر مسمع (۳)عنه (علیه السلام) أیضا «قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): ما بین العین إلی العین خمسمائه ذراع»

و ما فی

خبر السکونی (۴)عنه (علیه السلام) أیضا: «ما بین العین إلی العین یعنی القناه خمسمائه ذراع».

و لکن مع ذلک قیل و القائل الإسکافی حد ذلک أن لا یضر الثانی بالأول و نفی عنه البأس فی المختلف، و فی المسالک أنه أظهر و إن کان الأول أشهر و مال إلیه بعض أتباعه.

و ربما یشهد له

صحیح محمد بن الحسین (۵)قال: «کتبت إلی أبی محمد (علیه السلام) رجل کانت له قناه فی قریه فأراد رجل أن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۵.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۴- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

یحفر قناه أخری إلی قریه أخری کم یکون بینهما فی البعد حتی لا یضر بالأخری فی الأرض إذا کانت صلبه أو رخوه؟ فوقع

(علیه السلام) علی حسب أن لا تضر إحداهما بالأخری إنشاء الله تعالی».

و نحوه

خبر محمد بن علی بن محبوب (۱)قال: «کتب رجل إلی الفقیه (علیه السلام).»

بأدنی تفاوت فی الألفاظ، و ما فیه من جهاله الکاتب بعد نقل الثقه المکتوب الیه غیر قادح.

مؤیدا ذلک کله ب

خبر عقبه بن خالد(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی رجل أتی جبلا فشق فیه (منه خ ل) قناه جری ماؤها سنه، ثم إن رجلا أتی ذلک الجبل فشق منه قناه أخری فذهبت قناه الآخر بماء قناه الأول، قال: فقال: یتقایسان (یتقاسمان خ ل) بحقائب البئر لیله لیله، فینظر أیهما أضرت بصاحبتها، فإن رأیت الأخیره أضرت بالأولی فلتعور».

و فی الوسائل و رواه الصدوق بإسناده عن عقبه بن خالد(۳)نحوه، و زاد «و قضی رسول اللّه (صلی الله علیه و آله) بذلک، و

قال: إن کانت الأولی أخذت ماء الأخیره لم یکن لصاحب الأخیره علی الأول سبیل».

و فی

خبر عقبه(۴)أیضا عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی

۱- ۱ أشار إلیه فی الوسائل- الباب- ۱۴- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱ و ذکره فی الفقیه- ج ۳ ص ۱۵۰ الرقم ۶۵۹.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۶- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱ و هذا مروی بطریق الکلینی قده و لیس فی الوسائل و الکافی ج ۵ ص ۲۹۴ قوله علیه السلام: « جری ماؤها سنه .. فشق منه قناه أخری» و هذه القطعه مذکوره فی روایه الصدوق قده التی أشار إلیها قده بعد هذه الروایه.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۶- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.
۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۶- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳.

رجل احتفر قناه و أتى لذلك سنه، ثم إن رجلا احتفر إلى جانبها قناه فقضى أن يقاس الماء بحقائب (بجوانب خ ل) البئر ليله هذه و ليله هذه، فان كانت الأخيره أخذت ماء الاولى عورت الأخيره، و إن كانت الأولى أخذت ماء الأخيره لم يكن لصاحب الأخيره على الأول شی ء».

و بأن الموجود فی خبر المشهور البئر، و هو غير محل النزاع، و لا ريب فی قوته لو لا الشهره العظيمه و الإجماع المزبوران الجابران للأخبار المذكوره سندا و دلاله، مضافا إلى غيرهما من القرائن على إراده العين من البئر التی قد تطلق عليها.

و يمكن مراعاه التحديد المزبور عند عدم معرفه الضرر، و لو لاختلاف أهل الخبره فی

ذلک ان لم يكن ذلک إحداث قول على وجه يكون مخالفا للإجماع.

ثم إنه لا يخفى عليک ظهور النص فيما صرح به غير واحد من أن الحريم هنا يمنع إحداث عين اخرى، فلا يضر حينئذ إحياء ما زاد على ما تحتاج إليه العين من نزح و نحوه، بخلاف بئر المعطن التی قد عرفت الحال فيها، و الله العالم.

و حريم الحائط فی المباح مقدار مطرح ترابه و آلاته بلا خلاف أجده فيه، بل فی التذكره عندنا مشعرا بدعوى الإجماع عليه نظرا إلى إمساس الحاجه إليه لو استهدم.

و قيل و القائل المشهور على ما فی المسالک و غيرها للدار حريم هو مقدار مطرح ترابها و قمامتها و رمادها و ثلجها و مصب مائها و مسلک الدخول و الخروج و نحو ذلک مما يحتاج إليه عاده.

و لكن ظاهر نسبه المصنف إلى القيل التردد فيه، بل فی المسالک و غيرها عن بعضهم التصريح بعدم حريم لها، و إن كنا لم نتحققه لأحد منا

و إنما هو لبعض الشافعيه.

و لعل وجهه عدم الدليل عليه، بل فعل الناس فی سائر البلدان علی خلافه، لاستبعاد اتفاق أحيائهم دفعه.

و فيه (أولا) أن مثله جار فی الحائط الذی اعترف بثبوت الحريم له. و (ثانيا) بعدم معلوميه حال الواقع فی البلدان الجاری فی الحيطان أيضا من التراضی أو الإحياء دفعه أو غير ذلک.

فالمتجه ثبوت الحريم لها الذی يرجع فی أصل ثبوته و مقداره إلی العرف و لو بمراعاه قاعده الضرر و الضرار، فلا يحتاج إلی دليل خاص سيما بعد ما ورد من الحريم لما عرفت المشعر بأن ذلک حق لکل ما يحتاجه و منه ما

ورد(۱)«أن حريم المسجد أربعون ذراعا من کل ناحيه، و حريم المؤمن فی الصيف باع، و روی عظم الذراع»

و حريم النخله طول سعفها(۲).

اللهم إلا أن يقال: إن ذلک کله يقتضی ثبوت الحريم لما أحدثه فی المباح کالجدار و النخله و نحوهما، لا مثل الدار التی مرجع الحريم المفروض الی الساکن فيها لا نفسها، إذ ليس المراد جدرانها التی لا إشکال فی ثبوت الحريم لها، ضروره کونها من الحائط، بل المراد

ما يکون من القمامه و نحوها التی تکون من الساکن لا مما أحدثه فی المباح.

و لعله لذا توقف المصنف فيه.

نعم ينبغی علی هذا تخصيص محل التوقف بالحريم لما يحتاج إليه الساکن مما لا يعد من حقوق الدار، بخلاف ما کان کذلک کالتراب الصائر منها و نحوه مما يرجع إليها.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب إحياء الموات الحديث ۱۰.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من کتاب إحياء الموات الحديث ۲.

على أن مـا يحتاجه الساكن فيها راجع إليها أيضا، نحو بئر المعطن المحتاجه إلى الحريم باعتبار الإبل و الماشـيه التى تسـقى منها، فتأمل جيدا.

و ربمـا يؤيـده مـا فى الـدروس من «أن حريم القريه مطرح القمـامه و التراب و الوحـل و منـاخ الإبـل و مرابض الخيل و النادى و ملعب الصبيـان و مسـيل الميـاه و مرعى الماشـيه و محتطب أهلهـا مما جرت العاده بوصولهم إليه، و ليس لهم المنع فيما بعـد من المرعى و المحتطب بحيث لا يطرقونه إلا نادرا، و لا المنع مما لا يضـر بهم مما يطرقونه، و لا يتقدر حريم القريه بالصيحه من كل جانب، و لا فرق بين قرى المسلمين و أهل الذمه» إذ هو كما ترى كثير منه مما يرجع إلى الساكن، بل هو نحو ما يذكر للدار.

هذا و فى المسالك «و المراد بمسلك الدخول و الخروج فى الصوب الذى يفتح فيه الباب، لا بمعنى امتداد الممر فى قباله الباب على امتداد الموات، بل إيصاله إلى الطريق السالك و لو بازورار و انعطاف، لأن الحاجه تمس إلى ذلك».

و هو معنى ما فى جامع المقاصد قال: «ليس المراد من استحقاق الممر فى صوب الباب استحقاق الممر فى قباله الباب على امتداد الموات بـل يجوز لغيره إحياؤهـا فى قبـاله البـاب إذا أبقى له الممر، فان احتاج إلى ازورار و انعطاف جاز، لأن الحاجه تمس إلى ذلك، ذكره فى التذكره.

لكن ينبغى تقييده بما إذا لم يحصل ضرر كثير عاده، لاستدعائه إفراط طول الطريق و نحوه».

قلت: قد يتوقف فى إحياء ذلك بعد فرض اعتياد استطراقه الذى هو من الاحياء أو بحكمه.

ثم إن الظاهر اعتبار التحديد المزبور فيه، لإطلاق الأدله، و إن كان هو للسلوك إلى داره لا طريقا عاما، و الله العالم.

و کیف کان ف کل ما ذکرنا من ثبوت ذلک الحریم له إنما یثبت له حریم إذا ابتکر فی الموات، أما ما یعمل فی الأملاک المعموره فلا بلا خلاف أجده فیه، کما عن الشیخ و ابنی زهره و إدریس الاعتراف به، بل فی الکفایه نسبته إلی الأصحاب مشعرا بالإجماع علیه، و لعله لقاعده تسلط الناس علی أموالهم و غیرها، و لأنها متعارضه باعتبار عدم أولویه أحدهما من الآخر به، و لذا کان المشاهد فی البلدان عدم الحریم لأحدهم و إن کان یمکن أن یکون لتساویهم فی الاحیاء أو لغیره.

و من هنا صرح فی القواعد و غیرها بأن لکل منهم التصرف فی ملکه بما شاء و إن تضرر صاحبه، و أنه لا ضمان علیه لو جعل ملکه بیت حداد أو قصار أو حمام علی خلاف العاده.

نعم فی التذکره «هذا إذا احتاط و أحکم الجدران بحیث یلیق بما یقصده، فان فعل ما یغلب علی الظن فیه أنه یؤدی إلی خلل فی حیطان جاره فأظهر الوجهین عند الشافعیه الجواز، و ذلک کما إذا یدق الشی ء فی داره دقا عنیفا ینزعج منه الحیطان، أو حبس الماء فی ملکه بحیث تنتشر منه النداوه إلی حیطان الجار، و لو اتخذ داره مدبغه أو حانوته مخبزه حیث لا یعتاد فان قلنا لا یمنع فی الصوره السابقه فهنا أولی، و إن قلنا بالمنع فهنا یحتمل عدمه، لأن الضرر من حیث التأذی بالدخان و الرائحه الکریهه، و أنه أهون، و کذا البحث فی إطاله البناء و منع الشمس و القمر، و الأقوی أن لأرباب الأملاک التصرف فی أملاکهم کیف شاؤوا، إذ لو حفر فی ملکه بئر بالوعه و فسد بها ماء بئر الجار لم یمنع منه، و لا ضمان، و لکنه قد یکون فعل مکروها، و به قال الشافعی، و قال مالک: یمنع، فان فعل و تلف شی ء ضمنه».

و تبعه فی الدروس و المسالک فی جمیع ذلک، لکن قال فی الأخیر

«نعم له منع ما یضر بحائطه من البئر و الشجر و لو ببروز أصلها إلیه و الضرب المؤدی إلی ضرر الحائط و نحوه».

و فیما حضرنی من نسخه جامع المقاصد «قال فی التذکره: هذا إذا احتاط و أحکم الجدران بحیث یلیق بما یقصده، فان فعل ما یغلب علی الظن أنه یؤدی إلی خلل فی حیطان جاره ففی منعه تردد، فلو دق دقا عنیفا أحدث به نقصا فی جدران جاره أو حبس الماء بحیث انتشرت منه النداوه إلیها أو حصل ذلک من ماء الحمام ففی الضمان تردد».

و ظاهره حکایه ذلک عن التذکره التی سمعت ما فیها، إلا أن المحکی عن الجامع المزبور التردد، و لعل النسخه غیر صحیحه.

و علی کل حال فالتردد المزبور فی المسأله حاصل، بل فی الکفایه «یشکل هذا الحکم فی صوره تضرر الجار تضررا فاحشا نظرا إلی تضمن الأخبار نفی الضرر و الإضرار(۱)و هو الحدیث المعمول به بین الخاصه و العامه المستفیض بینهم، خصوصا ما تضمن الأخبار المذکوره من نفی الضرر الواقع فی ملک المضار».

و قد یناقش بأن حدیث نفی الضرر المستفیض معارض بمثله من الحدیث (۲)الدال علی ثبوت السلطنه علی الإطلاق لرب المال، و هو أیضا معمول به بین الفریقین، و التعارض بینهما تعارض العموم من وجه، و الترجیح للثانی بعمل الأصحاب کما اعترف به، و لا سیما إذا استلزم منع المالک عن التصرف ضررا علیه أشد من ضرر الجار أو مساویا أو أقل بحیث لم یتفاحش معه ضرره.

بل فی الریاض «و ینبغی القطع فی هذه الصوره بما علیه الأصحاب

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب إحیاء الموات.

۲- ۲ البحار- ج ۲ ص ۲۷۲- الطبع الحدیث.

قال-: و أما فيما عداها فالظاهر أيضا ذلک، لما ذکر و إن کان الأحوط عدم الإضرار علی الإطلاق، و أما الأخبار الداله علی نفی الإضرار فی ملک المضار فمع قصور سند بعضها و عدم مکافئته لما مضی یمکن حملها علی ما إذا قصد المالک بالتصرف الإضرار دون دفع الحاجه، کما یشعر به بعض تلک الأخبار(۱)ثم علی تقدیر تسلیم ترجیح نفی الضرر فلا وجه لتخصیصه بصوره تفاحش الضرر مع عمومه و شموله للغیر».

قلت: لا یخفی علیک ما فی المسالک من الجزم بالمنع فیما یضر الحائط مع ذکره سابقا جواز حفر البالوعه التی تفسد بئر الغیر.

کما أنه لا یخفی علیک ما فی التذکره من اعتباره أولا إحکام البناء لما یقصده و إطلاقه جواز التصرف للمالک فی ملکه ثانیا مع التردد فی بعض الصور.

بل قد سمعت ما فی جامع المقاصد مما هو ظاهر فی عدم کون المسأله إجماعیه، بحیث یکون التفصیل مخالفا للإجماع، علی أن المنساق من العامین المزبورین تحکیم قاعده الضرر، کما فی جمیع نظائره و إن کان بینهما تعارض العموم من وجه.

و ربما یشهد له نصوص سمره بن جندب (۲)و

قول الصادق (علیه السلام)(۳): «إن الجار کالنفس غیر مضار و لا آثم»

علی أن باب المقدمه یقتضی وجوب ترک التصرف تحصیلا لامتثال النهی عن إضرار الغیر، إذ لا تعارض بین الإباحه و الحرمه.

بل قد ذکرنا فی کتاب الغصب (۴)فی مسأله من أجج نارا فی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱ و ۳ و ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.

۴- ۴ راجع ج ۳۷ ص ۵۹- ۶۲.

ملکه أو أرسل ماء کذلک فأتلف مال الغیر ما یعلم منه عدم الإجماع علی جمیع صور المسأله.

بل قد تقدم أیضا مسأله تدلی أغصان الشجره فی ملک الغیر، و تلفت بفعل المالک.

و بالجمله فالغرض أن المسأله لم یکن فیها إجماع محقق علی جهه الإطلاق فیمکن أن یقال بمنع التصرف فی ماله علی وجه یترتب علیه الضرر فی مال الغیر مثلا بتولیدیه فعله، بحیث یکون له فعل و تصرف فی مال الغیر و إتلاف له یتولد من

فعله فعل فی مال الغیر، لا- تلف خاصه بلا- فعل منه، و خصوصا مع زیادته بفعله عما یحتاج إلیه و غلبه ظنه بالسرایه، و قاعده التسلط علی المال لا تقتضی جواز ذلک و لا رفع الضمان الحاصل بتولید فعله.

نعم لو کان تصرفه فی ماله لا تولید فیه علی الوجه المزبور و إن حصل الضرر مقارنا لذلک لم یمنع منه، و ربما کان فیما ذکرنا سابقا من مسأله الضمان بتأجیج النار فی ملکه إشاره إلی ذلک، فلا حظ و تأمل، بل مر لنا فی غیر ذلک ماله نفع فی المقام، و الله العالم.

[فرع لو أحیا أرضا و غرس فی جانبها غرسا تبرز أغصانه لم یکن لغیره إحیاؤه]

فرع:

لو أحیا أرضا و غرس فی جانبها غرسا تبرز أغصانه لو بقی إلی المباح أو تسری عروقه إلیه کذلک لم یکن لغیره إحیاؤه لأنه من الحریم التابع للملک الذی یرجع فی مثله إلی العرف.

و حینئذ ف لو حاول الاحیاء کان للغارس منعه

و إن لم یکن بعد برزت الأغصان أو سرت العروق، فان الاستعداد کاف بلا خلاف أجده بین من تعرض له.

و لعل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «حریم النخل طول سعفها»

ظاهر فی ذلک، بل هو صریح

خبر عقبه بن خالد(۲)«إن النبی (صلی الله علیه و آله) قضی فی هوار النخل أن تکون النخله و النخلتان للرجل فی حائط الآخر فیختلفون فی حقوق ذلک، فقضی فیها أن لکل نخله من أولئک من الأرض مبلغ جریده من جرائدها حین بعدها».

و کذلک لو باع البستان و استثنی شجره، فإنه یتبع مدی أغصانها فی الهواء و المدخل و المخرج و غیرهما من الحقوق التی تتبع الإطلاق المزبور.

نعم ظاهر المصنف و غیره ثبوت الحریم المزبور للغرس، أما لو أعد الأرض لها و هیأها لذلک أو غرس جمله منها فهل یکفی ذلک فی ثبوت الحریم للغرس الذی بعد لم یغرس أو یبقی علی أصل الموات؟ وجهان، أولهما لا یخلو من قوه، و الله العالم.

[الشرط الثالث أن لا یسمیه الشرع مشعرا للعباده کعرفه و منی و المشعر]

الشرط الثالث: أن لا یسمیه الشرع مشعرا للعباده، کعرفه و منی و المشعر و غیرها من الأماکن المشرفه و المواضع المحترمه التی جعلها الله تعالی شأنه مناسک للعباده و شرفها کما شرف بعض الأزمنه الخاصه، فهی فی الحقیقه لیست من الموات الذی هو بمعنی المعطل عن الانتفاع فضلا عن وضع ید سائر المسلمین علیها و تعلق حقوقهم بها، بل هی أعظم من الوقف الذی یتعلق به حق الموقوف علیهم بجریان الصیغه من الواقف فان الشرع الذی هو المالک الحقیقی قد دل علی اختصاصها موطنا للعباده من دون إجراء صیغه، و منها ما جعله الله

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

مسجدا كمسجد الحرام و مسجد الكوفه و نحوهما من مراقد الأئمه (عليهم السلام) التى أذن الله أن ترفع و يذكر فيها اسمه.

فالتعرض لتملكها حينئذ مناف للجعل المزبور من رب العزه، بل فيه تفويت لتلك المصلحه من غير فرق بين جميع أجزائها فى ذلك، و بين زياده سعتها لذلك و عدمه، ضروره أن الله تعالى شأنه جعل كل جزء جزء منها كذلك.

فمن الغريب ما وقع من المصنف من قوله أما لو عمر فيها ما لا يضر و لا يؤدى إلى ضيقها عما يحتاج إليه المتعبدون كاليسير لم أمنع منه بل كاد يكون كالمنافى للضرورى، بل فتح هذا الباب فيها يؤدى إلى إخراجها عن وضعها.

و أغرب منه موافقه بعض من تأخر عنه على ذلك بتخيل أن المنع من جهه مزاحمه الناسكين، فمع فرض عدمها كاليسير يتجه الجواز حينئذ لانتفاء العله المزبوره. و فيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.

و أعجب من ذلك تفريعهم على التقدير المزبور الذى هو معلوم الفساد أنه هل يجوز للناسك الوقوف بها مع عدم الاذن أو مع النهى أو لا- يجوز مطلقا أو مع وجود غيره من المكان بخلاف ما لو تضيق؟! مع أن القول بالملك يأبى القول بالجواز مطلقا إلا أن يجعله مراعى بعدم الإضرار، فيتجه التفصيل حينئذ إلا أن ذلك كله كما ترى لا ينبغى أن يسطر، و الله العالم.

[الشرط الرابع أن لا يكون مما أقطعه إمام الأصل]

الشرط الرابع: أن لا- يكون مما أقطعه إمام الأصل و لو كان مواتا خاليا من تحجير الذى لا خلاف فى أن له ذلك، كما عن المبسوط بل و لا إشكال، ضروره كون الموات من ماله الذى هو مسلط عليه، مع أنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

کما أقطع النبی (صلی الله علیه و آله) عبد الله بن مسعود الدور(۱)و هی اسم موضع بالمدینه بین ظهرانی عماره الأنصار و یقال: المعنی أنه أقطعه ذلک لیتخذها دورا.

و أقطع وابل بن حجر أرضا بحضرموت (۲).

و أقطع الزبیر حضر فرس ه أی عدوه، بل قیل: إن الزبیر أجری فرسه حتی قام الفرس رمی بسوطه طلبا للزیاده،

فقال (صلی الله علیه و آله) «أعطوه من حیث بلغ السوط»(۳).

و أقطع بلال بن الحارث العقیق (۴)فإنه إن لم یفد الملک فلا ریب بل لا خلاف فی أنه یفید اختصاصا مانعا من المزاحمه، فلا یصح دفع هذا الاختصاص بالاحیاء بل عن المبسوط نفیه کذلک بین المسلمین، و کذا لیس لأحد نقضه.

و ما

عن عمر من أنه لما تولی قال لبلال: «ما أقطعت العقیق لتحجبه، فأقطعه الناس»(۵)

لا حجه فیه، و کم له من أخذ فدک و نحوها.

علی أنه یمکن ذلک کما تسمعه فی التحجیر إذا لم یحی المحجر، کما صرح به فی جامع المقاصد، و إن کان ذکر المصنف و غیره ذلک فی التحجیر دونه یشعر بالعدم، بل لو لا ظهور الاتفاق علیه هناک لأمکن إشکاله بتعلق الحق الذی یقتضی استصحابه عدم الزوال و إن عطل.

و کأن ما ذکر من الاختصاص المزبور مبنی علی عدم تملک الموات

۱- ۱ نیل الأوطار ج ۶ ص ۵۹.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۴۴.

۳- ۳ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۴۴.

۴- ۴ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۴۹.

۵- ۵ رواه ابن قدامه فی الشرح الکبیر المطبوع فی ذیل مغنی ابن قدامه ج ۶ ص ۱۶۹.

بغير الاحياء، و لكن فيه منع واضح إن لم يكن إجماعا، و حينئذ فلا بد من تنزيل الإقطاع المزبور على وجه الاختصاص و الأحقيه بالاحياء، و إلا فلو فرض كونه على جهه التمليك جاز إن لم يكن إجماعا، و ليس لأحد حينئذ الاعتراض عليه بتعطيله و إن تمادى الزمان على إشكال، لاحتمال جواز إحياء الغير له بأجره على نحو ما

سمعته فى الأرض التى ملكت بالاحياء فأهملها حتى ماتت.

هذا و يمكن الاستغناء عن هذين الشرطين بل و السابق و اللاحق بالأول، بناء على إراده ما يشمل الحق الحاصل من الإقطاع و التحجير و كونه مشعرا من اليد فيه، و الأمر سهل.

[الشرط الخامس أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير]

الشرط الخامس: أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير، فان التحجير عندنا كما فى التذكره يفيد أولويه و اختصاصا لا ملكا للرقبه التى لا تملك إلا بالإحياء الذى هو غير التحجير و إن ملك به التصرف فى المحجر و منع الغير حتى لو تهجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه و دفعه عن ذلك، بل لو قاهره فأحياه لم يملك بلا خلاف، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما أنه يمكن تحصيله على غير ذلك مما سمعته.

بل فى الرياض عليه الإجماع فى كلام جماعه كالمسالك و غيرها، و إن كنا لم نتحققه فى غير المفاتيح التى حكاه فيها على إفادته الأولويه دون الملك إلا أنه يمكن تحصيله.

و عدم ذكره فى الدروس شرطا مستقلا لإدراجه إياه فيما ذكره من الشرط الرابع، و هو أن لا يكون مملوكا لمسلم أو معاهد، إلى أن قال:

«و المحجر كالمملوك على ما تقرر» بل ذكر سابقا أن التحجير يفيد الأولويه لا الملك، فلا يصح بيعه، نعم يورث عنه، و يصح الصلح

علیه، نعم ستسمع فی الطرف الثانی حکایه المصنف عن بعض فقهاء عصره أن التحجیر إحیاء، و یأتی البحث فیه إنشاء تعالی.

و علی کل حال فهو غیر مناف لتحصیل الإجماع علی عدم تملک المحجر بالاحیاء لغیر المحجر، نعم یحکی عن جامع الشرائع أنه قال: «یملک الآخر، و یکون قد أساء» و لم أتحقق ذلک.

و کیف کان فلم نجد فی شی ء مما وصل إلینا من النصوص هذا اللفظ فضلا عما ذکروه فی تفسیره، و إنما الموجود فی

خبر سمره بن جندب (۱)أن النبی (صلی الله علیه و آله) قال: «من أحاط حائطا علی أرض فهی له»

و مقتضاه الملک به، کما تسمعه من ابن نما، إلا أن یحمل علی أرض یتحقق إحیاؤها

بذلک أو یراد من اللام و لو بقرینه الشهره أو الإجماع الأحقیه المزبوره لا الملک.

و ربما یستفاد الأحقیه به من صدق حیازه المباح به و إن کان لا یملک إلا بالاحیاء، و من أنه سبق إلیه نحو السبق إلی الوقف و السوق و المسجد و نحوها، و فی

حدیث أبی داود المروی من طرق العامه(۲)و فی الإسعاد أنه صححه الصابی «من سبق إلی ما لم یسبق إلیه مسلم فهو له»

و فی بعض کتب الأصحاب روایه «فهو أحق به»(۳).

و لکن مع ذلک کله فالإنصاف أن العمده الإجماع المزبور، و إلا فما فی التذکره و المسالک و بعض کتب الشافعیه من الاستدلال علیه بأنه إذا أفاد الاحیاء ملکا فلا بد أن یفید التحجیر الذی هو الشروع فیه أولویه نحو البیع و الاستیام- کما تری، ضروره عدم الملازمه، مع احتمال أن التحجیر أعم من الشروع فیه و إن فسره به فی القواعد و المسالک و غیرهما.

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۴۸.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۴۲.

۳- ۳ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۴.

و فی المتن و كذا الإرشاد التحجير هو أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط و

زاد فی القواعد «أو بحفر ساقيه أو إداره تراب حول الأرض أو أحجار، و لا يفيد ملكا، فان الملك يحصل بالاحياء لا بالشروع، و التحجير و شروع فی الاحياء، بل يفيد اختصاصا و أولويه».

و فی محكی المبسوط التحجير ان يؤثر فيها أثرا لم يبلغ به حد الاحياء مثل أن ينصب فيه المروز أو يحوط عليها حائطا أو ما أشبه ذلك من آثار الاحياء» و عن جامع الشرائع الاقتصار على التمثيل بالحائط. و عن التحرير أنه يكون بنصب المروز و حفر الخندق.

لكن لا يخفى عليك أن ظاهر بعض الأمثله الاكتفاء فی حصوله بنصب ما يدل على إراده الاحياء و إن لم يكن من آثاره، نحو ما ذكره العامه من حصوله بالإعلام، أی بنصب علامه تدل على ذلك، كوضع أحجار أو غرز خشب أو قصب أو حفر أساس أو جمع تراب أو نحو ذلك.

بل فی بعض الكتب أو يخط خطه.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كله من الشروع فی الاحياء كما فی بعض كتب الشافعيه، بل هو مقتضى ما سمعته من الفاضل، لكنه كما ترى و إن كان هو الموافق لما سمعته من تحقق الأولويه بالسبق المحقق بنصب العلامه المزبوره، مع احتمال القول بأن الأصل عدم ثبوت الأولويه المقتصر فی الخروج منه على المتيقن، و هو التحجير بمعنى الشروع فی الاحياء و فعل أثر من آثاره.

و بعض الأمثله المزبوره من بعض إن لم تحمل على الاشتباه من الذاكر لها بأنها من الشروع فی الاحياء يمكن حملها على موات تكون هی أثرا من آثاره، و لعل هذا لا يخلو من قوه.

و على كل حال فلا إشكال فی عدم جواز بيعه، لعدم الملك، بل

و لا هبته و إن قال فی القواعد «لم یصح علی إشکال» و فی جامع المقاصد جوز نقله بالهبه کالصلح، و هما معا کما تری.

و من الغریب ما عن التذکره من احتمال صحه البیع، لأن الأرض المفتوحه عنوه تباع بمجرد الأولویه تبعا للآثار، و لأنه حق یقابل بالمال، فتجوز المعاوضه علیه. إذ هو کما تری، بل قد یمنع ثبوت الأولویه هنا بیع الآثار التی یفرض کونها ملکا للمحجر و إن أفادت ذلک بالنسبه إلیه باعتبار صدق کونه محجرا، نعم لو نقل الحق معها و لو بالشرط بناء علی صلاحیته لمثل ذلک تثبت حینئذ لذلک، لا لبیع الآثار، و الله العالم.

هذا و لو اقتصر علی التحجیر و أهمل العماره أجبره الامام علی أحد أمرین: إما الأحیاء و إما التخلیه بینها و بین غیره، و لو امتنع أخرجها السلطان من یده لئلا یعطلها بلا خلاف أجده بین من تعرض له، کالشیخ و ابن حمزه و الفاضلین و الشهیدین و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم، معللین له بقبح تعطیل العماره التی هی منفعه الإسلام.

نعم إن ذکر عذرا فی التأخیر کإصلاح آلاته (آلته خ ل) أو غیبه العمال أو إباق العبد و نحوه أمهله الامام بمقدار ما یزول معه العذر، و إن لم یذکر عذرا ألزمه بأحد الأمرین، و إن أبقی له مده قریبه یستعد فیها للعماره بحسب ما یراه- و لا یتقدر عندنا بقدر- فإذا مضت مده الإمهال و لم یشتغل بالعماره رفع یده و أذن للناس فی عمارتها.

و نحو ذلک ذکر العامه أیضا، قال فی الإسعاد الذی هو من أجل کتب الشافعیه: «و ینبغی أن یشتغل بالعماره عقیب الحجر، فإن أهمل الاحیاء و أطال الإهمال بأن مضی زمن یعد مثله طویلا عرفا نوزع، فیقول له الحاکم: أحی أو ارفع یدک، لأنه ضیق علی الناس فی حق مشترک فیمنع منه، کما لو وقف فی شارع، فان ذکر عذرا و استمهل أمهل

مـده قريبه دفعا للضـرر، و لا يتقدر بثلاثه أيام على الأصح، بل باجتهاد الحاكم، فإذا مضت و لم يشـتغل بالعماره بطل حقه، و إن استمهل و لم يذكر عذرا فمقتضى عباره أصل الروضه أنه لا يمهل، و قال السبكى: ينبغى إذا عرف الامام أنه لا عذر له فى المده أن ينزعها منه فى الحال، و كذا إذا لم تطل المده و علم منه الاعراض».

و قال فيه أيضا سابقا: «و إنما يتحجر ما يطيق إحياؤه، بل ينبغى أن يقتصـر على قدر كفايته لئلا يضيق على الناس، فان تحجر ما لا يطيق إحياؤه أو زائـدا على قـدر كفايته فلغيره أن يحيى الزائـد على ما يطيقه و على قدر كفايته، كما قواه فى الروضه بعد أن نقله فيها كأصلها عن المتولى».

إلى غير ذلـك ممـا ذكروه ممـا ينـاسب أصولهم التى منهـا القيـاس و الاسـتحسان و المصالـح المرسـله و مطلق الاجتهاد بخلاف أصولنا التى مقتضاها الوقوف على ما جاء من أهل بيت الوحى (عليهم السلام).

الذى عثرنا عليه مناسبا لذلك- مضافا إلى بعض القواعد التى يمكن تقريرها هنا-

خبر يونس (۱)عن العبـد الصالح (عليه السـلام) «إن الأرض لله تعالى جعلها وقفا على عباده، فمن عطل أرضا ثلاث سـنين متواليه لغير ما عله أخذت من يده و دفعت إلى غيره».

و إن كان هو غير منطبق على تمام ما سـمعت الذى مقتضاه الانتزاع من يده من دون دفع شـى ء له عن حق تحجيره الذى لا ريب فى جواز نقله بالصلح و نحوه و يورث، اللهم إلا أن يكون إجماع على ما ذكروه.

كما أن ما فى جامع المقاصـد و محكى التذكره من تقييد ذلك بما إذا بقيت آثار التحجير و إلا عادت مواتا كذلك أيضا، و إلا فمقتضى الاستصحاب بقاء الحق و إن زالت الآثار، إذ هى- و إن كانت سببا فى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۱.

ثبوت الحق- لا يقتضى زواله بزوالها للأصل، و خصوصا إذا أزاله الظالم أو غيره، لا ما إذا زالت بنفسها.

نعم لو كـان ثبوت حق التحجير بهـا على نحو مـا تسـمعه فى الرحـل اتجه حينئـذ زوال الحق، إلا أن ذلك مقطوع بخلافه، إذ من جمله أفراد التحجير أن لا يكون مملوكا للمحجر كالحفر و نحوه، فلا ريب فى أن مقتضى القوانين الشرعيه ثبوت الحق مطلقا، إلا أن يكون إجماعا كما عرفت، و الله العالم.

هـذا و فى القواعـد و المسالـك مـا فى المتن من أنه لو بادر إليها من أحياها بعـد إهماله لها و مخاطبه الإمام له بأحـد الأمرين لم يصـح ما لم يرفع السـلطان يده أو يأذن فى الاحياء بل لا خلاف أجده بين من تعرض له، لأنه حينئذ أحيا ما هو باق فى حق غيره، كما لو أحيا قبل طلب الامام منه أحد الأمرين.

نعم حكى فى المسالـك عن بعض العـامه قولاـ ببطلاـن حق المحجر بالامتنـاع من أحـد الأمرين و إن كان غيره ممنوعا، كما إذا دخل فى سوم غيره و اشترى.

و فى محكى التـذكره «لو لم يرفع أمرها إلى السـلطان و لا خاطبه بشـى ء و طالت المـده قيل: يبطل حـذرا من التعطيل، و قيل: لا يبطل ما لم يرفع الأمر إليه، و يطالبه بالترك، و لعل ذلك إذا بقيت الآثار» و لا يخفى عليك الحال بعد ما ذكرنا، و الله العالم.

و للنبى (صلى الله عليه و آله) الذى هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم أن يحمى بقعه من الأرض الموات لنفسه و لغيره من المصالح كـالحمى لنعم الصـدقه و الجزيه و الضوال و نحوهـا، قـال فى محكى المبسوط: «للنـبى (صـلى الله عليه و آله) أن يحمى لنفسه و لعامه

المسلمين بلا خلاف».

و كذا عندنا لإمام الأصل (عليه السلام) الذى هو بمنزله النبى (صلى الله عليه و آله) فى كل ما لم يثبت أنه من خواصه بلا خلاف و لا إشكال، ضروره كون الموات لهم (عليهم السلام) و

فى النبوى (۱)«لا حمى إلا لله و لرسوله». و زاد فى آخر «و لأئمه المسلمين».

و الأصل فيه أن الأعزاء من العرب إذا انتجع أحد منهم بلدا مخصبا و أتى بكلب على جبل إن كان به أو على نشز إن لم يكن به جبل ثم استعوى الكلب و أوقف من

كل ناحيه من يسمع صوته بالعوى فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحيه لنفسه، و يرعى مع العامه فى ما سواه، فنهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن ذلك لما فيه من التضييق على الناس (۲).

و لا ينافى ذلك ما وقع منه (عليه السلام) كما فى

الخبر(۳)عن أبى الحسن (عليه السلام) «سألته عن بيع الكلأ و المرعى، فقال:

لا بأس، قد حمى رسول الله (صلى الله عليه و آله) النقيع لخيل المسلمين»

فإنه ليس حمى لنفسه.

و لذا قال فى التذكره: «إنه (صلى الله عليه و آله) لم يحم لنفسه و إنما حمى النقيع لإبل الصدقه و نعم الجزيه و خيل المجاهدين».

و بالجمله ذلك و إن كان جائزا له و لكن لم يفعله لنفسه إيثارا للغير و ما وقع منه (صلى الله عليه و آله) إنما هو للمسلمين، و لعل ذكر

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۱۴۶.

۲- ۲ ذكره ابن قدامه فى المغنى ج ۶ ص ۱۶۶ و فى الشرح الكبير المطبوع فى ذيل المغى ج ۶ ص ۱۸۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۳.

المصنف الامام (علیه السلام) تنبیها علی ما یحکی عن الشافعی من اختصاص ذلک بالنبی (صلی الله علیه و آله) و فیه أنه لا دلیل علی أنه من خواصه، بل الخبر المزبور المروی فی طریقهم دال علی خلافه.

نعم لیس لغیرهما من المسلمین أن یحمی بلا خلاف، کما عن المبسوط، بل إجماعا فی المسالک و محکی التحریر، و ما وقع من عمر بن الخطاب من أنه قد حمی موضعا و ولی علیه رجلا(۱)لا حجه فیه، بل هو مخالف لما عرفت، و ما فی الخبر المزبور(۲)الذی لا مطابقه فیه بین الجواب و السؤال ظاهرا إلا علی تکلف محمول علی ما إذا کان المرعی ملکا للحامی، لأن الأرض أرضه.

کما أومی إلیه

فی بعض (۳)المعتبره قال فیه: «إن لنا ضیاعا و لها حدود و فیها مراعی و لرجل منا غنم و إبل یحتاج إلی تلک المراعی لإبله و غنمه أ یحل له أن یحمی المراعی لحاجته إلیها؟ فقال: إذا کانت الأرض أرضه فله أن یحمی و یصیر ذلک إلی ما یحتاج إلیه، فقلت: الرجل یبیع المراعی، فقال: إذا کانت الأرض أرضه فلا بأس».

اللهم إلا أن یکون نائبا خاصا عنهما فی ذلک، بل یقوی جوازه لنائب الغیبه أیضا إن لم نقل إنه من خواص الإمامه، أما غیره و سائر الناس فلا إشکال فی عدم الجواز لما عرفت.

مضافا مفهوم الخبر المزبور(۴)و غیره مما دل علی اعتبار کون

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۴۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب عقد البیع- الحدیث ۱ من کتاب التجاره.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب عقد البیع- الحدیث ۱ من کتاب التجاره.

الأرض أرضا له فی جواز الحمی، لا إذا کانت مباحه مندرجه فیما دل (۱)علی اشتراک الناس فی النار و الماء و الکلأ.

و علی کل حال ف لا- خلاف أجده فی أنه لو أحیاه محی لم یملکه ما دام الحمی مستمرا إذ المراد بالحمی هو منع الناس عن التعرض لبعض الأراضی التی لا تضیق علی المسلمین برعی أو غیره لأجل کلأها، و لا ریب فی اقتضاء ذلک عدم جواز الاحیاء و عدم ترتب الملک لو فعل لعدم الاذن بل النهی، و لعله لذا ترکه بعضهم فی الشرائط و إن کان من ذکره شرطا قد لاحظ عدم تملکه بالاحیاء، فیکون الجمیع متفقین علی الحکم المزبور.

بل لا یجوز نقض الحمی و لا تغییره لأحد غیرهم (علیهم السلام) من دون إذن منهم مع فرض بقاء المصلحه.

و إنما الکلام فی أن ما حماه النبی (صلی الله علیه و آله) أو الإمام (علیه السلام) لمصلحه فزالت هل یجوز نقضه؟ ففی المتن جاز نقضه کما هو خیره الفاضل و الشهیدین و الکرکی، للأصل و غیره.

و قیل: ما یحمیه النبی (صلی الله علیه و آله) خاصه لا یجوز نقضه، لأن حماه کالنص الذی لا یجوز الاجتهاد فی مقابلته، و لعله أشار بذلک إلی ما فی محکی المبسوط و الخلاف «فأما ما حماه رسول الله (صلی الله علیه و آله) فإنه لا یجوز للإمام القائم مقامه نقضه و حله، لأن فعله حجه یحب اتباعه فیه، و ما یفعله الإمام القائم مقامه لا یجوز لأحد تغییره، و إن غیره هو أو من بعده من الأئمه أو أذن أحد منهم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب إحیاء الموات.

لغيره فى إحياء ميت فأحياه فإنه يملكه» إلى آخره و إلا فلم نجده لغيره نعم هو قول للعامه مبنى على مذهبهم فى الامام، و لا ريب فى بطلانه عندنا ضروره عدم الفرق بين حماهما بعد أن كانا معصومين و لا يحكمان بالاجتهاد.

و هل ينتقض بمجرد زوال المصلحه أو لا بد من التصريح بالنقض؟

وجهان أو قولان، أقواهما الأول، لأن أصل وقوعه مبنى على المصلحه فيكفى حينئذ زوالها فى زواله، بل لا يبعد جواز تغيير الامام له لزياده المصلحه فى غيره فضلا عن زوالها، و الله العالم.

[الطرف الثانى فى كيفيه الإحياء]

الطرف الثانى فى كيفيه ما يحصل به صدق الإحياء و لا خلاف بين الأصحاب فى أن المرجع فيه إلى العرف، لعدم التنصيص شرعا على كيفيه خاصه له حتى تقدم عليه و لا لغه لو قلنا بتقدمها عليه، و ما كان كذلك فلا إشكال فى الرجوع فيه إلى العرف.

و ما عن ابن نما- من أن التحجير إحياء- ليس خلافا فى ذلك كما ستعرفه إنشاء الله، إلا أنه لما كان هو فى بعض الأفراد محتاجا إلى تنقيح تعرض له الأصحاب.

و لذا قد عرف أنه إذا قصد سكنى أرض فأحاط جميع أجزاء الدار و لو بخشب أو قصب أو سقف بعضا مما

یمكن سكناه منها یسمی إحیاء بلا خلاف أجده بین من تعرض له، كالشیخ و القاضی و یحیی بن سعید و الفاضل و الشهیدین و الكركی و غیرهم علی ما حكی عن بعضهم إلا ما ستسمعه من الحلی.

و حینئذ فلا یعتبر فیه مع ذلک نصب الباب، خلافا لبعض العامه فاعتبره، و العرف شاهد علی خلافه و إن اعتید وضعها للحفظ لا لأصل السكنی.

كما أنه شاهد أیضا علی خلاف ما یحكی عنهم أیضا من عدم اعتبار السقف، ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «من أحاط حائطا علی أرض فهی له»

و لأن الحائط حاجز منیع فكان إحیاء، كما لو جعلها حظیره للغنم، إذ القصد لا اعتبار به، فإنه لو أرادها حظیره فبناها بجص و آجر و قسمها بیوتا فإنه یملكها و إن كان هذا العمل لا یعمل للغنم مثله، و لأنه لو بناها للغنم ملكها بمجرد الحائط، فإذا ملكها جاز له أن یبنیها دارا من غیر اشتراط تسقیف و إن نفی عنه البأس فی التذكره، بل فی المسالک وجهه واضح.

إلا أنه كما تری مناف لصدق الاحیاء عرفا علی متخذ الأرض دارا و ملكه لها لو اتخذها حظیره للصدق باعتبار أن إحیاء كل شی ء بحسب حاله لا یقتضی صدقه مع عدم

قصدها و إن جاز العدول عن القصد فی الأول و اتخاذها دارا، كما یجوز العدول عن قصد الدار بعد التحویط و اتخاذها حظیره، فإنه یملكها بذلک، لصدق الاحیاء علیها عرفا و لو باعتبار إخراجها عن التعطیل الأول و صیرورتها ذات منفعه تخرج بها عن اسم الموات.

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من كتاب إحیاء الموات- الحدیث ۳ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۴۸.

و فی التذکره إشاره إلی ما ذکرنا، قال: «لو قصد نوعا و فعل إحیاء یملک به نوعا آخر- کما إذا حوط بقعه بقصد السکنی، و هذا الاحیاء إنما یتحقق فی ملک حظیره الغنم و شبهها- هل یفید الملک؟ الوجه عندی ذلک، فإنه مما یملک به الحظیره لو قصدها، و هو أحد وجهی الشافعیه، و الثانی أنه لا یملک به و إلا لزم الاکتفاء بأدنی العمارات أبدا، و استحاله التالی ممنوعه» بناء علی أن المراد ملکه حظیره بالقصد و لو أخیرا.

نعم قد یقال فیمن قصد أصل الاحیاء من دون أمر مخصوص بکفایه إخراج الأرض عن التعطیل إلی الانتفاع، فتأمل.

و علی کل حال فمما ذکرنا یظهر لک ما فی محکی السرائر، فإنه بعد أن ذکر أن الرجوع فی الاحیاء إلی العرف هو الحق الیقین الذی یقتضیه أصل المذهب قال: «و لا یلتفت إلی قول المخالفین، فان لهم تعریفات و تقسیمات، فلا یظن ظان إذا وقف علیها أن یعتقدها قول أصحابنا و أنها مما ورد بها خبر و قال به مصنف من أصحابنا، و إنما أورد شیخنا أبو جعفر ذلک بعد أن حقق ما یقتضیه مذهبنا، و جمله ما عند المخالف فی ذلک أن الأرض تحیی للدار و الحظیره و الزراعه، فإحیاؤها للدار عندهم بأن یحوط علیها بحائط و یسقف علیها، و أما عندنا فلو خص علیها خصا أو حجرها أو حوطها بغیر الطین و الآجر و الجص ملک».

ثم ذکر تعریفهم لإحیاء الحظیره بما ذکره المصنف وفاقا لما عن المبسوط و غیره کما ستسمع، ثم قال: «و لا یتوهم من یقف علیها فی المبسوط أنها مقاله أصحابنا، فإن هذا الکتاب أعنی المبسوط قد ذکر فیه مذهبنا و مذهب المخالفین، و لم یمیز أحد المذهبین تمییزا جلیا، و إنما یحققه و یعرفه من اطلع علی المذهبین و سبر قول أصحابنا و حصل خلافهم و إلا فالقارئ فیه یخبط خبط عشواء».

و كأنه عرض بذلك بابن البراج الذى ذكر فيه ما عن المبسوط من التعريفات المزبوره التى ذكرها أيضا من تأخر عنه كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم.

و منه يعلم أنه هو وقع فى خبط العشواء، ضروره عدم مدخليه الموافق و المخالف فى تحقيق الصدق العرفى المعلوم عدمه بالتحجير، كما توهمه و إن قلنا إنه الشروع فى أثر الإحياء، إذ بناء بعض الحائط لا يسمى فى العرف معه شى ء من المذكورات كما هو واضح.

نعم قد يقال بصدق اسم الدار مع الحائط المزبور و بناء بعض البيوت و لو بقصب و نحوه بل و خيمه و نحوها.

و كذا يتحقق الاحياء عرفا لو قصد الحظيره للغنم أو لتجفيف الثمار أو لجمع الحطب و نحوه فاقتصر على الحائط و لو بقصب أو خشب أو نحوهما من دون السقف بلا خلاف أجده فيه بل و لا إشكال فى ذلك و لا فى أنه ليس تعليق الباب شرطا فى الصدق المزبور، بل عن غير واحد الإجماع على عدم اشتراط السقف و إن كان هو لا وقع له فى المسائل العرفيه، و الله العالم.

و لو قصد بإحياء الأرض الزراعه كفى فى تملكها التحجير بمرز أو مسناه و سوق الماء إليها بساقيه أو ما شابهها كما فى جمله من كتب الفاضل و محكى المبسوط و المهذب و إن أبدل التحجير بالترتب فى بعضها.

و ظاهر ما حضرنا من نسخه الأصل اعتبار الأمرين، لكن فى المسالك حكايه الاكتفاء بأحدهما عن المصنف فى شرح العباره ثم استحسن الجمع بينهما، و لعل نسخته كانت بأو.

نعم فى التذكره زياده على ذلك قال فى الفرض: «يعتبر فيه أمور

الأول جمع التراب حواليه ليفصل المحيا عن غيره و يسمى المروز، و في معناه نصب قصب و حجر و شوك و شبهه، و لا حاجه إلى التحويط إجماعا، فإن معظم المزارع بارزه. الثاني تسويه الأرض بطم الحفر التي فيها و إزاله الارتفاع من المرتفع، و حراثتها، و تليين ترابها، فان لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها فلا بد منه لتهيأ الأرض للزراعه. الثالث ترتيب ماؤها إما بشق ساقيه من نهر أو حفر بئر أو قناه و سقيها إن كانت عادتها أنها لا تكفى فى زراعتها بماء السماء، و إن اكتفت به فلا حاجه إلى سقى و لا ترتب ماء، و إذا احتاجت فى السقى إلى النهر وجب تهيأ ماء من عين أو نهر أو غيرهما، فإذا هيأه فإن حفر له الطريق و لم يبق إلا إجراء الماء فيه كفى، و لم يشترط إجراء الماء و لا سقى الأرض، و إن لم يحفر بعد فللشافعيه وجهان، و بالجمله السقى نفسه غير محتاج إليه فى تحقق الإحياء، إنما الحاجه إلى ترتب ما يمكن السقى منه، و أراضى الجبال التى لا يمكن سوق الماء إليها و لا يصيبها إلا ماء السماء قال بعض الشافعيه:

لا مدخل للاحياء فيها و بنى عليه، أما إذا وجدنا شيئا من تلك الأراضى فى يد انسان لم يحكم بأنه ملكه، و لا يجوز بيعه و إجارته، و الوجه أنها تملك بالحراثه و جمع التراب على الحدود، و كثير من المزارع يستغنى عن سوق الماء إليه بالمطر» و فيه- مع أنه متدافع بالنسبه إلى اعتبار السقى كما فى جامع المقاصد اللهم إلا أن يفرق بين السقى للتهيئه و السقى لغيرها، و كذا الكلام فى الحرث- أن الأمر الثانى لم أجد من اعتبره.

نعم فى جامع المقاصد حكايته عن بعض الشافعيه، ثم قال: «و اعتبار تسويه الأرض و إزاله الارتفاع ليس ببعيد، لعدم صيرورتها مزرعا من دونه، أما الحرث و السقى فلا دليل على اعتبارهما، و لأنهما بمنزله

الزرع، و هو غير شرط».

قلت: اعترف هو به، بل فى المتن و القواعد و التحرير و الدروس و محكى المبسوط و المهذب و غيرها أنه لا يشترط حراثتها و لا زراعتها، لأن ذلك انتفاع كالسكنى و ستسمع ما فى الحكم الذى ذكره فى أراضى الجبل التى تسقى بماء المطر كغيرها من الأراضى المهيأه بنفسها للانتفاع.

بل قد يقال بعدم اعتبار ما ذكره هو و غيره من المرز الذى فسر بجمع التراب حول ما يريد إحياءه أو المسناه المفسره بأنها نحو المرز، و ربما كانت أزيد منه ترابا، فان التمييز لا يتوقف عليه صدق الاحياء عرفا، كالتحويط الذى سمعت فى التذكره الإجماع على عدم اعتباره، و التمييز يحصل بانتهاء قابليه الانتفاع لا بالمرز و نحوه.

بل قد يشك أيضا فى سوق الماء إن أريد به حصوله فعلا كما فهمه فى جامع المقاصد، قال: «و كلام الأصحاب فى اشتراط سوق الماء يقتضى عدم الاكتفاء بالتهيئه» ضروره عدم توقف الاحياء عليه، بل يكفى فيه تهيئه ذلك عند الاحتياج كما سمعته من التذكره.

نعم ينبغى اعتبار عضد الأشجار و إن كان فيها و قطع المياه الغالبه كما صرح به فى اللمعه، قال: «و المرجع أى فى الاحياء إلى العرف، كعضد الشجر و قطع المياه الغالبه و التحجير بحائط أو مرز أو مسناه و سوق الماء إليها أو اعتياد الغيث لمن أراد الزرع و الغرس» و لكن ظاهر هذه العباره كما اعترف به فى الروضه أن الأرض التى يراد إحياؤها للزراعه لو كانت مشتمله على شجر و الماء مستولى عليها لا يتحقق إحياؤها إلا بعضد شجرها و قطع الماء عنها و نصب حائط و شبهه حولها و سوق ما تحتاج اليه من الماء إليها إن كانت مما يحتاج إلى السقى به،

فلو أخـل بأحـد هـذه لا يكون إحياء، بل تحجيرا، و إنما جمع بين قطع الماء و سوقه إليها لجواز أن يكون الماء الـذى يحتاج إلى قطعه غير مناسب للسـقى بأن يكون وصوله على وجه الرشح المضـر بالأرض من غير أن ينفع بالسقى و نحو ذلك، و إلا فلو كان كثيرا يمكن السقى به كفى قطع القدر المضر منه و إبقاء الباقى للسقى، و حينئذ فيشكل بما ذكرناه.

و لو جعل الواو فى هذه الأشياء بمعنى «أو» كان كل واحد منها كافيا فى تحقق الاحياء، فهو أشد إشكالا، لعدم صحته فى بعضها.

و فى الدروس اقتصـر على حصوله للزرع بعضد الأشـجار و التهيئه للانتفاع و سوق الماء أو اعتياد الغيث و السيح، قال: «و يحصل الإحياء أيضا بقطع المياه الغالبه» و ظاهره الاكتفاء به عن الباقى أجمع كما فى الروضه، و يمكن أن يريـد أن ذلك مع فرض عدم احتياجها إلى غيره. نعم يرد عليه بعض ما ذكرناه.

و فى الروضه أيضـا «عبارات الأصـحاب مختلفه فى ذلك كثيرا، و الأقوى الاكتفاء بكل واحـد من الأمور الثلاثه السابقه مع سوق الماء حيث يفتقر اليه، و إلا اكتفى بأحـدها خاصه، هـذا إذا لم يكن المانعان الأولان أو أحـدهما موجودا و إلا لم يكتف بالباقى، فلو كـان الشـجر مسـتوليا عليهـا و المـاء كـذلك لم يكف الحائط و كـذا أحـدهما، و كـذا لو كان الشـجر لم يكف دفع الماء و بالعكس، لدلاله العرف على ذلك كله، أما الحرث و الزرع فغير شـرط فيه قطعا، لأنه انتفاع بالمحيا كالسـكنى لمحيى الدار، نعم لو كـانت الأـرض مهيـأه للزراعه و الغرس لاـ تتوقف إلاـ على الماء كفى سوق الماء إليها مع غرسـها أو زرعها، لأن ذلك يكون بمنزله تميزها بالمرز».

و فيه منع الاكتفاء بالحائط خاصه عرفا، لمنع صدق الاحياء بسوق الماء مع الغرس و الزرع فى الأخيره، ضروره كونها حيه فملكها يكون بالاستيلاء عليها لمن أبيح له ذلك من الأنفال.

و فى الدروس أيضا «و لا يشترط الحرث و لا الزرع و لا الغرس على الأقرب، نعم لو زرع أو غرس و ساق الماء فهو إحياء، و كذا لا يشترط الحائط و المناه فى الزرع، نعم يشترط أن يبين الحد بمرز و شبهه، و أما الغرس فالظاهر اشتراط أحد الثلاثه مصيرا إلى العرف، و لو فعل دون ذلك و اقتصر كان تحجيرا يفيد أولويه لا ملكا» الى آخره.

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و اكتفى فى المسالك فى الزرع بالمرز أو المسناه أو نصب القصب و نحوه و ترتيب الماء إن لم يكن فيه أشجار أو مياه غالبه، و إلا اعتبر عضدها و قطعها أيضا.

و فيه ما عرفت من عدم اعتبار المرز عرفا، ضروره كون الموات المعطله، و الحيه المهيأه للانتفاع الذى قد أشير إليه فى بعض النصوص السابقه بكرى الأنهار و نحوه.

و لعله إلى ما ذكرناه يرجع قول المصنف و لو غرس أرضا فنبت فيها الغرس و ساق إليها الماء تحقق الاحياء، و كذا لو كانت مستأجمه فعضد شجرها و أصلحها، و كذا لو قطع عنها المياه الغالبه و هيأها للعماره، فإن العاده قاضيه بتسميه ذلك كله إحياء، لأنه أخرجها بذلك إلى الانتفاع الذى هو ضد الموات.

لكن فى المسالك فى تفسير العباره أنه اعتبر أحد أمور: إما غرسها بالفعل و نبات غرسها و سوق الماء إليها، و إما عضد شجرها و إصلاحها

بإزاله الأصول و تسويه الأرض إن كانت مستأجمه، أو بقطع المياه الغالبه عليها و تهيئتها للعماره.

و ظاهره أن كل واحد من هذه الثلاثه كاف فى الاحياء، محتجا بدلاله العرف عليه، و إنما اعتبر غرس الأشجار و نباتها لأن اسم البستان لا يقع على الأرض المهيأه له قبل الغرس، بخلاف المزرعه، فإنها تقع على الأرض قبل الزراعه، و لأن الغرس يدوم فألحق ببناء الدار، و الزرع بخلافه.

و يشكل بأن قصد الغرس أعم من جعله بستانا، و لا يلزم من توقف اسم البستان على الشجر توقف غيره.

و لا يخفى عليك ما فى ذلك كله، إذ المصنف لم يعتبر الغرس فى الاحياء، بل ذكر تحققه بوقوع الغرس مع سوق الماء، و لا إشعار فى شى ء من كلامه بتوقف صدق الاحياء على ذلك، بل و لا بكفايه أحدها و إن لم يتحقق معه اسم التهيئه، بل صريح كلامه الأخير الاكتفاء بالتهيئه للانتفاع.

ثم قال فيها: «و الأقوى عدم اشتراط الغرس مطلقا، و عدم الاكتفاء بكل واحد من الثلاثه على انفراده على تقدير الحاجه إليها أجمع بأن كانت الأرض مستأجمه و الماء غالبا عليها، بل لا بد حينئذ من الجمع بين قطع الأشجار و دفع الماء، و إن وجد أحدهما خاصه اكتفى بزواله، و إن خليت عنهما و احتاجت إلى الماء فلا بد من تهيئته للسقى كما ذكرناه فى الزرع.

و لو خلت عن الجميع بأن كانت غير محتاجه إلى السقى و لا مستأجمه و لا مشغوله بالماء اعتبر فى إحيائها التحجير عليها بحائط و نحوه، و فى الاكتفاء بغرسها مع نبات الغرس وجه، و فى كلام الفقهاء اختلاف كثير فى اعتبار ما يعتبر من ذلك، و المحصل ما ذكرناه». و تبعه على ذلك كله فى الكفايه.

و فيه أن مـا ذكره عين مـا اختـاره المصـنف، و لعـل مـا ذكره من اختلاف الفقهاء هو نحو ما ذكره فى كلام المصـنف من إراده الجميع التهيئه المزبوره و إن اقتصـر بعضـهم على ذكر بعض باعتبار حصولها معه، لفرض عدم مانع غيره لها، و حينئذ فلا فرق فى صدق الاحياء بذلك بين الزرع و الغرس.

و أما ما ذكره أخيرا فقد عرفت أن الظاهر عدم تحقق إحياء فيها، لصدق كونها حيه، فملكها إنما يكون كملك غيرها من الأنفال لمن أبيحت له، إذ قـد ذكرنا سابقا أنها للإمام (عليه السـلام) و إن كانت غير ميته باعتبار انـدراجها فى الأرض التى لا رب لها، و الله العالم.

و كيف كان ففى المتن من فقهائنا الآن أى شـيخه الفقيه نجيب الدين بن نما (رحمه الله) من يسمى التحجير إحياء مفيدا للملك، كمـا عن بعض الشـافعيه، لخروجه بالشـروع فى إحيـائه عن حـد الموات، و من ثم أفـاد به حقا فى الجمله إجماعا، و الاحياء كما تقدم غير منضبط شرعا و لا عرفا.

و زاد فى المسالك أنه قـد وافق الجماعه على أن الأرض إذا كانت غير مسـتأجمه و لا مشـتمله على مانع و لا مفتقره إلى السـقى بالماء المجتلب يكفى تمييز المحيا عن غيره بتراب و نحوه فى تحقق الاحياء، و هذا من أضعف أفراد التحجير.

و على كل حال ف هو بعيد جدا، ضـروره عدم تحقق الاحياء بالتحجير الذى هو الشـروع فيه أو نصب ما يدل على إراده الاحياء، و دعوى عدم انضباط الاحياء عرفا واضحه الفساد، كدعوى حصول الملك بالتحجير فى الأرض المزبوره.

و من هنا حمل فى الدروس كلامه على أرض ليس فيها استئجام

و لا ماء غالبا و تسقيها الغيوث غالبا، فان فعل ذلك يعد إحياء و خصوصا عند من لا يشترط الحرث و الزرع، لأنهما انتفاع، و هو معلول الملك، فلا يكون عله له.

و فيه ما عرفت من منع صدق تحقق الاحياء بذلك، و منه يعلم ما فى الزياده التى سمعتها فى المسالك.

بل و كذا قوله فيها أيضا: «و حيث كان المحكم فى الاحياء العرف فان وافق التحجير فى بعض الموارد كفى و إلا فلا» ضروره أنه بناء على ما عرفت لا يمكن موافقته للاحياء أصلا، و لذا أطلقوا إفادته الحق دون التمليك، كما هو واضح.

و يمكن حمل كلام ابن نما- إن لم يكن قد صرح بالملك- على إراده كون التحجير كالأحياء فى إفادته الأولويه دون الملك، كما هو المحكى عن المبسوط و المهذب و السرائر.

قال فى الأول: «إذا حجر أرضا و باعها لم يصح بيعها، و من الناس من قال يصح، و هو شاذ، فأما عندنا فلا يصح بيعه، لأنه لا يملك رقبه الأرض بالاحياء، و إنما يملك التصرف بشرط أن يؤدى للإمام (عليه السلام) ما يلزمه عليها، و عند المخالف لا يجوز، لأنه لا يملك بالتحجير قبل الاحياء، فكيف يبيع ما لا يملك» و نحوه عن المهذب و كذا السرائر.

و هو كالصريح فى اتحاد مفاد التحجير و الاحياء و إن اختلف مسماهما.

و لو نزل منزلا فنصب فيه خيمه أو بيت شعر لم يكن إحياء، و كذا لو أحاط بشوك و نحوه، نعم ذكر غير واحد من الأساطين أنه يكون تحجيرا يفيد أولويته به إلى أن يرحل، بل فى التذكره و جامع المقاصد أنه يكون أولى أيضا بما حواليه مما يحتاج إليه للارتفاق، و لا يزاحم فى

الوادی الذی سرح فیه مواشیه إلا أن یفضل، و إذا ارتحل بطل الاختصاص و إن بقیت آثار الفساطیط و الخیم.

و هو و إن کان موافقا لما أشرنا إلیه سابقا من ثبوت الحریم بالتحجیر کالملک لکن ما ذکره أخیرا لا یخلو من نظر بل منع، بل قد یمنع کون مثله تحجیرا، لعدم کونه شروعا فی إحیاء، لعدم قصده، و إنما هو سبق إلی الموات، فیکون من قبیل ما تسمعه فی.

[الطرف الثالث فی المنافع المشترکه]

اشاره

الطرف الثالث الذی هو فی المنافع المشترکه، و هی الطرق و المساجد و المشاهد و الوقوف المطلقه کالمدارس و الربط و الخانات و المقابر و المساکن و نحوها مما هو مشترک المنفعه بین الناس أجمع حتی الموات الذی لم یرد إحیاؤه.

و فی التذکره کل رقبه أرض فاما أن تکون مملوکه و منافعها تتبع الرقبه فلمالکها الانتفاع بها دون غیره إلا بإذنه بالإجماع، و إما أن لا تکون مملوکه، فاما أن تکون محبوسه علی الحقوق العامه کالشوارع و المساجد و الربط أو تکون منفکه عن الحقوق الخاصه و العامه، و هی الموات» و نحوه فی المسالک.

و مقتضاه عدم ملک المسلمین لها علی نحو ملکهم للمفتوحه عنوه، و ربما یترتب علی ذلک ثمره، کالبیع و نحوه من الحاکم لو اقتضت مصلحه لذلک، کما أشرنا إلیه سابقا.

و علی کل حال ففی المتن و غیره

[أما الطرق]

أما الطرق ففائدتها الاستطراق

و النـاس فيهـا شـرع، فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره إلا ما لا يفوت به منفعه الاسـتطراق كالجلوس غير المضـر بالماره لإجماع الناس عليه فى جميع الأمصار كما فى التذكره و جامع المقاصد و المسالك و الروضه.

بل قد يقال: إن السيره تقتضى جواز الارتفاق بالطرق بغير الاستطراق كوضع الأحمال و وقوف الدواب فضلا عن وقوف الشخص نفسه لأغراض تتعلق له بذلك، فيتجه حينئذ عدم تسلط المستطرق على ما كان كذلك، لاشتراك الجميع فى حق الارتفاق.

و حينئذ فما فى المتن كقول الفاضل فى الإرشاد: «لا يجوز الانتفاع بالطرق فى غير الاستطراق إلا بما لا يفوت معه منفعه» لا يخلو من نظر.

و لعله لذا قال فى المفاتيح: «قيل: لا يجوز الانتفاع فى الطرق بغير الاسـتطراق إلا ما لا يضـر به، كالوقوف و الجلوس للاستراحه و المعامله و نحوهما إذا لم يتضيق على الماره- إلى أن قال-: و قيل: بالمنع من ذلك مطلقا، و الأول أشهر» إلى آخره. و إن كنا لم نعرف القول المزبور لأحد.

إنما الكلام فى الأول الـذى قد عرفت الاشكال فيه، بل قيل إنهم بنوا ضـمان الواقف على الماشـى فيما إذا تعثر بواقف غير مضـر بالماره و ماتا و قالوا: إن دم الماشـى هدر، لأنه باشـر تلف نفسه بلا تفريط من الواقف، مسـتندين إلى ما ذكر من أن الوقوف من موضوعات الطريق، لأن الماشى قد يحتاج إلى الوقوف، و مقتضى ذلك أن الوقوف فى الطريق من موضوعاته أيضا.

لكن قيل: إنهم قالوا فيما إذا تعثر الماشـى بالقاعد غير المضـر بالماره أن ضـمان الماشـى على القاعد، لأنه بجلوسه مفرط، لوضـع الطريق للمشى و قالوا: إنه لو تلف القاعد أو شى ء منه كان الضمان على العاثر أو أنه هدر.

قلت: قد يقال: إن ذلك كله منهم غير مناف لما هنا من كون المنفعه الأصليه من الطريق الاستطراق، و الضمان و عدمه يتبع موجباته لا مدخليه للجواز و عدمه فيه، كما تعرفه فى محله إنشاء الله تعالى.

إنما الكلام فيما أشرنا إليه من تقديم حق الاستطراق على باقى المرافق عند التعارض، و لعل السيره خصوصا فى بعض الأفراد تقتضى خلافه، فيتجه أن يقال: إن جميع ما يعرض للمستطرق من الموافق التى يحتاجها فى استطراقه من جلوس و وقوف و نحوهما لا فرق بينها و بين الاستطراق.

و منه ما يحتاج اليه من كانت باب داره إلى الطريق من إدخال الأحمال و الدواب و نحوها باعتبار أن ذلك كله من توابع استطراقه، أما إذا لم يكن كذلك بل كان مرفقا لا من حيث الاستطراق كالجلوس للبيع و نحوه فلا ريب فى تقدم حق الاستطراق عليه عند التعارض، و الله العالم.

و كيف كان ف إذا قام الجالس غير المضر بالمار بعد استيفاء غرضه و عدم نيه العود بطل حقه الذى لم يعلم ثبوته له زائدا على ذلك، بل لعل المعلوم عدمه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه.

و حينئذ ف لو عاد اليه بعد أن سبق الى مقعده غيره لم يكن له الدفع ضروره ثبوت الحق حينئذ للسابق دونه.

أما لو قام قبل استيفاء غرضه لحاجه ينوى معها العود قيل و ان كنا لم نعرف القائل كان أحق بمكانه للأصل الذى يمكن منعه، و من هنا نسبه الى القيل مشعرا بضعفه، بل صرح الفاضل و غيره بعدم بقاء حقه.

نعم لو کـان له فیه رحـل ففی محکی المبسوط و جمله من کتب الفاضـل و الـدروس و غیرهـا بقـاء حقه، لفحوی مـا ورد(۱)من ذلک فی المسجد، و عن التذکره أنه أحق به الی اللیل، ل

قول الصادق (علیه السلام)(۲): «قال أمیر المؤمنین (علیه السـلام): سوق المسـلمین کمسـجدهم، فمن سبق الی مکان فهو أحق به الی اللیل»

و لکن الجمیع کما تری.

و من هنا أطلق غیر واحد عدم بقاء حقه، سواء استوفی غرضه أو لا، و سواء کان له رحل أو لا، و سواء کان مع نیه العود أو لا، و سواء کان الزمان طویلا أو لا، و سواء أذن الامام أو لا.

و لعـل الوجه فی أصـل المسـأله أن حقیه الطریق للجـالس بالسـبق و وضع الرحـل و نحو ذلـک لیست کحقیه التحجیر التی تنتقل بالصـلح و الإرث و نحوهما، بل هی لا تزید علی حرمه الظلم بدفعه عن مکانه و بالتصـرف برحله الموضوع فی مکان کان یجوز له وضعه فیه.

و من هنا صرح فی التذکره بأنه لو دفعه عن مکانه أثم و جل له مکثه فیه و صار أحق من غیره به.

و بـذلک یظهر أنه لا یـدخل فی موضوع الغصب و لا یترتب علیه ضـمان، ضـروره عدم کونه من الأموال أو الحقوق المالیه کما تقدم بعض الکلام فیه فی الغصب.

و هذا و إن کان قد ینافیه لفظ الحق و الأحق فی کلامهم بناء علی

۱- ۱ الوسائـل- البـاب- ۵۶- من أبواب أحکـام المساجـد من کتاب الصـلاه و الباب- ۱۷- من أبواب آداب التجـاره من کتـاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب آداب التجاره- الحدیث ۱ من کتاب التجاره.

انسیاق المعنی الزائد علی الظلم منه، لکن بمعونه عدم ذکر اللفظ المزبور هنا فی شی ء من النصوص المعتبره- و معلومیه عدم انتقاله للغیر بالصلح و نحوه علی وجه یکون للمصالح و إن لم یجلس فیه، و عدم انتقاله بالإرث، و عدم الفتوی ببقاء حقه لو انتقل عنه بنیه العود مع عدم استیفاء الغرض الذی هو مقتضی الأصل لو کان هو من الحقوق الزائده علی الظلم- یقوی إراده عدم جواز دفع أحد له عن المکث فیه و ان کان هو بالأصل مشترکا بین الناس. و بهذا المعنی ملاحظا فیه الاشتراک المزبور أطلق علیه لفظ الأحق فی عباراتهم.

بل لعله کذلک فیما ورد(۱)فیه ذلک من حق المسجد و الوقف و نحوهما باعتبار عدم الجابر لتلک النصوص علی وجه یحصل الوثوق بإراده المعنی الزائد من الظلم منه، و الفرض قصورها أجمع عن درجه الحجیه.

و بذلک یتضح أن وضع الرحل الذی صرحوا فیه بالحق معه فی المقام و فیما یأتی من المساجد و نحوها إنما هو باعتبار حرمه التصرف بنقل الرحل من الموضع الذی کان یجوز له وضعه فیه، فهو من الاحتیال للاختصاص بالمکان، لا لأن وضعه یثبت حقا للشخص فی المکان علی نحو آثار التحجیر، فإنه لم نجد فی شی ء من النصوص إشاره الی ذلک.

و حینئذ فلو إطاره الریح أو نقله ظالم له أو غیره فالمکان علی شرکته الأصلیه، للغیر المکث فیه و الصلاه. و بالجمله وجود الشخص أو رحله السابق علی مجیئه أو المتأخر عنه لا یرفع الاشتراک الأصلی

فی ذاته و ان حرم الدفع و نقل المتاع و البساط و نحوه.

و بهذا التحقیق ینکشف لک الحال فی المقام بل و غیره مما یأتی، الا أنه مع ذلک کله یمکن أن یقال: ان الأحقیه تحصل أیضا ما دام

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب آداب التجاره- من کتاب التجاره.

يصدق كون الشى ء فى يد المستحق و فى تصرفه و تحت قبضته، فأخذه منه حينئذ كدفعه الحسى ظلم.

و لعله لذا اعتبروا الرحل مع نيه العود فى الطريق و المسجد، بخلاف ما إذا لم يكن له رحل، فإن نيه العود لا تكفى فى صدق كون الشى ء فى اليد و تحت القبضه.

نعم هو كذلك فى سكنى بيوت المدارس و الربط و نحوها، و لذا لم يعتبر أحد منهم بقاء الرحل فى الاستحقاق لو خرج الخروج الذى لا ينافى صدق كونه فى قبضته عرفا فى مثل الخروج لقضاء حاجه و نحوها، و إن كان هو لا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعا، كما ستعرف إنشاء الله فتأمل جيدا.

ثم إنه حيث يجوز له الجلوس يجوز له التظليل بما لا يضر بالماره كما نص عليه غير واحد و على أنه لا يجوز له بناء دكه، بل فى الدروس و لا تسقيف، و إن كان قد يشكل مع فرض عدم الإضرار بالماره بأن مقتضى الأصل الجواز.

و فى المسالك «و له أن يظلل عليه موضع جلوسه بما لا يضر بالماره من ثوب و باريه و نحوها، لا بناء دكه إلا مع سعه الطريق بحيث لا يتضرر به الماره أصلا، فيتجه الجواز». و فيه ما لا يخفى من عدم الفرق مع فرض عدم الضرر.

و منه يعلم ما فى إطلاق المحكى عن المبسوط «إذا سبق إلى موضع كان أحق به من غيره، لأن بذلك جرت عاده أهل الأمصار، يفعلون ذلك و لا ينكره أحد، غير أنه لا يجوز أن يبنى دكه و لا ينصب مستندا» و تحقيق ذلك هو أن الأصل و السيره القطعيه يقتضيان جواز سائر وجوه الانتفاع بالمنافع المشتركه إذا لم تعارض أصل المنفعه المقصوده منه

الـذی أعـد لها بإحیاء المحیی أو بوقف الواقف أو بتسبیل المسـبل أو بغیر ذلک من غیر فرق بین ما یدوم أثر التصـرف کالبناء و نحوه و بین ما لا یـدوم مع فرض عدم إخراجه بذلک عما أعد له، فلو بنی بعض أرض الطریق بآجر مثلا علی وجه لا یخرجه عن أصـل الاسـتطراق لم یکن بـذلک بـأس و إن کان مراده بـذلک الاستئثار به لو أراد الجلوس علیه غیر المضـر بالماره، باعتبار أنه ملکه نحو وضع البساط و نحوه.

و کذلک الکلام فی السـقف، و لا ینافی ذلک ثبوت حق الاسـتطراق بعد ما سمعت من الإجماع علی جواز الارتفاق بغیر المضر به، فلیس للمسـتطرق حینئـذ اختیار هـذه القطعه لاسـتطراقه بعـد فرض وجود ما یصـلح له غیرها، إذ الثابت له حق الاسـتطراق فی المجموع لا- فی کـل جزء، و من هنـا لم یکن له إزعـاج الجـالس غیر المضـر، و اسـتمرت الطریقه علی وضع القمامه و غیرها فی الطرقات إذا لم تکن مضره بالمستطرق، لوجود ما یصلح لاستطراقه غیرها.

و لا- ینـافی ذلـک اشتراک الناس فیها بعـد أن کان الثابت من الاشتراک کونه علی الوجه المزبور، بل هو مؤکـد له، و من ذلک استمرار الناس علی الانتفاع بالمساجد بغیر العباده مع عدم المزاحمه لأهل المنفعه المقصوده.

و دعوی حرمه الانتفـاع بغیرها إلا ما جرت السـیره علیه لا حاصل لها بعـد أن علم منها الجواز علی وجه الکلیه، لا خصوص أفراد من الارتفاق، بل صریح کلمات الأصحاب أن المدار علی تضرر ذوی المنفعه المقصوده و عدمه، کما هو واضح، و الله العالم.

و لو جلس للبیع أو الشراء فی الطریق فالوجه عند المصنف المنع إلا فی المواضع المتسعه کالرحاب نظرا إلی العاده و نحوه ما فی التحریر، غیر أنه قال: احتمل المنع. و فی القواعد «و لو

جلس للبيع و الشراء فى الأماكن المتسعه فالأقرب الجواز» و فى الإرشاد «و لو كان أى الجلوس للبيع أو الشراء فى الرحاب فكذلك» لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع من الإجمال، ضروره أنه إن أريد بالرحاب المتسعه الأماكن التى ليست طرقا فهو- مع أنه خارج عن مفروض البحث فلا يصح استثناؤه- أنه لا يناسبه ذكر الوجه و الأقرب و الاحتمال فيه، ضروره عدم المانع من ذلك فيها.

و إن أريد خصوص ما زاد على النصاب مما هو مستطرق فكذلك أيضا بناء على عدم جريان حكم الطريق على الزائد المزبور، بل لو قلنا بكونه مثله أشكل الفرق حينئذ بينه و بين غيره مع فرض عدم الضرر، و ربما احتمل إراده غير المضره بالاستطراق من المتسعه كما عبر به جماعه، لكنه كما ترى.

و أوحش عنه ما فى المسالك و أتباعها فى شرح المتن المزبور من أنهم اختلفوا فى جواز الجلوس للبيع و الشراء، فمنعه بعضهم مطلقا، لأنه انتفاع بالبقعه فى غير ما أعدت له فكان كالانتفاع بالوقوفات الخاصه فى غير ما عينت له من الجهه، و المشهور التفصيل، و هو المنع من ذلك فى الطريق المسلوك الذى لا يؤمن تأذى الماره به غالبا، و جوازه فى الرحاب المتسعه فى خلاله بحيث يؤمن تأذى الماره به.

إذ هو- مع أن ما حكاه من القول الأول لم نعرفه لأحد من العامه و الخاصه، و قد نقل هو و غيره إجماع الناس فى جميع الأعصار على فعل ذلك مع عدم التضرر من غير فرق بين الجلوس للبيع و غيره- أن التفصيل المزبور لم نعرفه أيضا لأحد إن لم يكن المراد به ما أشرنا إليه من ضرر الماره و عدمه.

كما أن ما ذكره من قوله: يؤمن و لا يؤمن لا حاصل له أيضا،

ضروره کون المدار فی المنع علی الضرر المزبور الذی یمکن معه القول بالجواز حتی یحصل، لا المنع حتی یعلم العدم و إن کان هو محتملا أیضا، إلا أن الأول أقوی.

و علی کل حال فلا- فرق بین الجلوس للبیع و الشراء و بین غیره حتی الجلوس للنزهه و نحوه، و لو علی جهه اتخاذ ذلک موطنا مع فرض عدم تضرر الماره.

و من ذلک یعلم ما فی المتن و القواعد من جعل حکم الجلوس للبیع مستقلا عما ذکره أولا من مطلق الجلوس الذی نسب القول فیه لبقاء حقه مع القیام و نیه العود إلی القیل، و لم یشر إلی مسأله الرحل، ضروره اتحاد الجمیع فی مدرک الجواز أو العدم.

و حینئذ فقوله هنا کالفاضل و لو کان کذلک أی جلس للبیع حیث یجوز له ذلک فقام و رحله باق فهو أحق به لا- یختص بخصوص البیع، و لعله لذا حکی غیر واحد ما هنا فی المسأله السابقه فیما إذا کان الرحل باقیا، فلا حظ و تأمل فإنه قد قدمنا تحقیق الحال فی ذلک، و الله العالم.

و لو رفعه ناویا للعود فعاد قیل و لم أعرف القائل به منا:

کان أحق به لئلا یتفرق معاملوه فیستضر.

نعم فی التذکره عن الجوینی من العامه أنه إن مضی زمان ینقطع فیه الذین ألفوا المعامله معه و یستفتحون المعامله مع غیره بطل حقه، و إن کان دونه لم یبطل، لأن الغرض من تعیین الموضع أن یعرف فیعامل، فلا فرق بین أن تکون المعامله لعذر کسفر أو مرض أو لغیر عذر، و علی هذا فلا یبطل حقه بأن یرجع باللیل إلی بیته، و لیس لغیره مزاحمته فی الیوم الثانی، و کذلک الأسواق التی تقام فی کل أسبوع أو فی کل شهره مره

إذا اتخذ منها مقعدا كان أحق به فى النوبه الثانيه و إن تخللت بينهما أيام.

و هو كما ترى مبنى على استحسان و نحوه، ضروره عدم مدخليه تضرره بثبوت الحق المشترك بين الناس أجمع من الذين يتضررون بذلك أيضا، و خصوصا من سبق إليه.

و من هنا قيل و القائل من عثرنا على كلامه من الأصحاب و إن تفاوتوا بالإطلاق و التصريح عدا الفاضل فى التذكره:

يبطل حقه، إذ لا سبب للاختصاص، و لا ريب فى أنه هو أولى لأصاله الاشتراك السالمه عن المعارض و الخبر المزبور(۱)الذى استند إليه الفاضل فى التذكره فى كونه أحق به إلى الليل لا جابر له، مع أن مقتضاه و إن لم ينو العود، بل و إن نوى عدمه.

هذا و فى التذكره أيضا أنه حيث يختص الجالس بموضعه يختص أيضا بما حوله على قدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه و وقوف المعاملين فيه، و ليس لغيره أن يقعد حيث يمنع من رؤيه متاعه أو وصول المعاملين إليه أو يضيق عليه الكيل و الوزن و الأخذ و العطاء، و تبعه عليه فى المسالك.

و لكن الانصاف عدم دليل معتبر عليه على وجه ينطبق على أصول الإماميه، خصوصا على مختاره فيها المقتضى لعدم ثبوت حق للسابق زائد على الظلم الذى ذكرناه سابقا، و خصوصا بعد ما ذكرناه فيمن نصب خيمته، فلا حظ و تأمل.

اللهم إلا أن يقال: إن الدليل على ذلك صدق السبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم مع كون المسبوق إليه فى يده و فى قبضته و فى تصرفه.

ثم قال فيها متصلا بذلك: «هذا فى المستوطن، أما المتردد الجوال الذى يقعد كل يوم فى موضع من السوق يبطل حقه إذا فارق المكان،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب آداب التجاره- الحديث ۱ من كتاب التجاره.

و ما تقدم من أولويه الجالس إنما هو مفروض فى غيره» و فيه أن إطلاق الخبر الذى ذكره سندا له يقتضيه.

و فى المسالك بعد أن ذكر ما سمعته من التذكره قال: «هذا كله فى المستوطن أما الجوال الذى يقعد كل يوم فى موضع من السوق فلا- إشكال فى بطلان حقه إذا فارق المكان، بل هذا خارج بنيه المفارقه فلا يدخل فى قسم ناوى العود، و لا يفتقر إلى استثناء» و فيه أنه لا يستحيل فرض نيه العود منه، و خصوصا فى بعض اليوم، إذ الكلام أن نيه عوده تقوم مقام مكثه فى بقاء الحق أو لا، فيجرى فيه حينئذ ما يجرى فى غيره، نعم لا- يجى ء على كلام الجوينى الذى جعل المدار على التضرر بمعرفه المكان، فتأمل فإن المقام فى بعض الكتب غير نقى، و الله العالم و الهادى.

و كيف كان ف ليس للسلطان فضلا عن غيره أن يقطع ذلك أو بعضه كما لا يجوز إحياؤه و لا تحجيره بلا خلاف أجده فيه عدا ما تسمعه من التذكره، و ذلك لأن مورد الثلاثه الموات لا ما تعلق به حق المسلمين.

خلافا لبعض العامه فجوز إقطاع الإمام، لأن له يدا و تصرفا فيما يصلح المسلمين، كما أن له إزعاج بعض الجالسين.

و هو مبنى على أصولهم لا- أصولنا التى منها عصمه الإمام الذى هو و إن كان أولى بالمؤمنين من أنفسهم، إلا أن تصرفه فى ذلك يكون على القوانين الشرعيه، نعم لو فعل كان هو القانون الشرعى.

هذا و لكن فى التذكره «يجوز أن يقطع إنسانا الجلوس فى المواضع المتسعه فى الشوارع، فيختص بالجلوس فيه، و إذا قام عنه لم يكن لغيره

الجلوس فيه للاقطاع، و به فرق بينه و بين السابق الذى يزول حقه بانتقاله».

و لا يخفى عليك ما فيه، خصوصا إذا أراد عدم جواز انتفاع غيره حتى وقت انتقاله عنه، و احتمال أن ما لا يتضرر به الماره يبقى حكمه حكم الموات للإمام (عليه السلام) يدفعه أن الطريق قد احيى طريقا و تعلق به حق المستطرقين بأجمعه و إن اتفق فى بعض الأزمنه عدم الضرر على الماره و لكن ذلك لا يجعله موتا، كما هو واضح.

ثم إن الظاهر عدم الفرق فى استحقاق الاستطراق بين المسلمين و غيرهم من أهل الذمه، بل لهم الانتفاع به أيضا فيما لا يضر بالماره على نحو المسلم، للسيره المستمره على ذلك.

و لو استبق اثنان على وجه تعلق حقهما به معا و لم يمكن الجمع فالأقرب القرعه، بناء على ما ذكرناه غير مره من أنها لكل أمر مشكل لجهل به أو لغيره، و لا ريب فى تحققه هنا بعد أن لم يكن معينا شرعيا.

فما عن بعض العامه من أن التعيين للإمام بحسب المصلحه من أحوجيه و نحوها واضح الضعف و إن احتمل فى المحكى عن حواشى الشهيد تقديم الأحوج قال: «لأن القرعه لتعيين المجهول عندنا إذا كان متعينا فى نفس الأمر، و ليس كذلك هنا» لكنه كما ترى، على أنه ما ندرى ما ذا يقول مع تساويهما فى الاحتياج.

و لو اشترى دارا فيها زياده من الطريق ففى النهايه و محكى السرائر إذا لم يعلم المشترى ثم علم بعد ذلك لم يكن عليه شى ء إذا لم يتميز الطريق، فإذا تميز وجب عليه ردها إليه، و رجع على البائع بالدرك.

و لعله ل

موثق ابن مسلم (۱)عن أحدهما (عليهما السلام) «سألته

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۷- من أبواب عقد البيع- الحديث ۳ من كتاب التجاره.

عن رجل اشترى دارا فيها زياده من الطريق، قال: إن كان ذلک فی ما اشترى فلا بأس»

و خبر عبد الله بن أبی أميه(۱)«سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن دار يشتريها يكون فيها زياده من الطريق، قال:

إن كان ذلک دخل عليه فی ما حدد له فلا بأس».

و فيه أن الخبر الثانی ضعيف لا جابر له، بل الظاهر تحقق الموهن.

و أما الأول و إن كان موثقا إلا أنه مخالف لما عرفت من عدم جواز تملک أحد للطريق.

و ما سمعته من الشيخ و الحلی من عدم التمييز لا يقتضی الحل، إذ أقصاه جهل المغصوب، و ذلک لا يقتضی حله، فالمتجه حينئذ بطلان البيع للجهاله. أما مع عدم جهالته و لكن لم يعلم بغصبه كذلک فللمشتری الخيار بتبعيض الصفقه.

و يمكن حمل الخبرين المزبورين على عدم تبين الغصب حملا لفعل المسلم على الوجه الصحيح، إذ يمكن كون الطريق مرفوعا و أخذه بإذن أربابه، و يمكن أن يكون مسلوكا و لكن كان فيه زياده على المقدر الشرعی، بناء على بقاء مثله على الإباحه

أو أن للحاكم المصالحه عنه مصلحه للمسلمين.

و بالجمله لا صراحه فيهما بدخول الزياده على الوجه الغصبی و إلا كانا مطرحين، لمخالفتهما للضوابط مع قله العامل، بل عدمه صريحا على الوجه المزبور، و الله العالم.

[أما المسجد]

و أما المسجد ف لا إشكال و لا خلاف فی أن من سبق إلى مكان منه فهو أحق به ما دام جالسا فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضروره عليه، بل فی المسالک و غيرها سواء كان جلوسه لصلاه أم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۷- من أبواب عقد البيع- الحديث ۴ من كتاب التجاره.

لمطلق العباده أم لتدريس العلم و الإفتاء و نحو ذلك.

قلت: بل و إن لم يكن لشى ء من ذلك، بل لنفس الجلوس فضلا عن الاشتغال بأمر آخر، نعم ليس له ذلك مع مزاحمه المصلين على نحو ما سمعته فى الطريق.

و هل الصلاه مقدمه على غيرها من العبادات كقراءه القرآن؟ وجهان، أقواهما ذلك، و لكن لم أجده فى كلام أحد من الأصحاب، بل و لا غيره من صور التعارض المتصوره فى المقام.

و على كل حال فلو قام مفارقا رافعا يده عنه بطل حقه بلا خلاف و لا إشكال حتى لو عاد و قد شغله غيره.

و إن قام ناويا للعود إليه فإن كان رحله باقيا فيه فهو أحق به، و إلا كان مع غيره سواء كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل فى جامع المقاصد أنه المشهور، بل فى محكى المبسوط نفى الخلاف فيه، قال: «فمن سبق إلى مكان فى المسجد كان أحق به، فان قام و ترك رحله فيه فحقه باق، و إن حول رحله منه انقطع حقه منه، و لا خلاف فيه، و فيه نص لنا عن الأئمه (عليهم السلام)».

بل ليس فيه نيه العود كالإرشاد و الدروس، ففى الأول «و لو قام و رحله فيه فهو أولى عند العود و إلا فلا» و فى الثانى «فإذا فارقه بطل حقه إلا أن يكون رحله باقيا» بل فى الروضه «هذا الشرط- أى نيه العود- لم يذكره كثير» و إن كنا لم نتحققه.

بل ربما مال إليه بعض مشايخنا، لنفى الخلاف و المرسل المزبورين فى المبسوط المؤيدين

بالخبر(۱)«إذا قام أحدكم من مجلسه فى المسجد فهو

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۱۵۱ و فيه « إذا قام الرجل من مجلسه ثم عاد اليه فهو أحق به».

أحق به إذا عاد إليه»

بل و

الخبر(۱)السابق «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل».

لكن فيه أنه لا وجه لبقاء الأحقيه مع الاعراض عنه، ضروره معلوميه اشتراك الناس فيه، و بقاء الرحل ليس تحجيرا، و نفى الخلاف فى الفرض غير متحقق، بل لعل عكسه كذلك، فلا جابر للمرسل المزبور، بل و لا للخبرين المذكورين المقتضيين ثبوت الأولويه حتى مع عدم بقاء الرحل.

نعم قد يقال بالحكم بها مع بقاء الرحل فى صوره الجهل بالحال اعتمادا على شاهد الحال الذى هو بقاء الرحل، أما مع العلم بالعدم فلا ريب فى عدمها، بل لو علم تردده فى المجى ء و عدمه لم يكن له حق و إن كان مقتضى إطلاق ما سمعت ذلك، لكن لا جابر له، فلا يكون حجه.

نعم مقتضى إطلاق النص عدم الفرق بين طول الزمان و قصره، لكن فى المسالك عن

الذكرى تقييده بأن لا يطول زمان المفارقه، و إلا بطل حقه أيضا، قال: «و لا بأس به خصوصا مع حضور الجماعه و استلزام تجنب موضعه وجود فرجه فى الصف، للنهى (۲)عن ذلك، بل استثنى بعضهم ذلك مطلقا و حكم بسقوط حقه حينئذ، و لا بأس به».

و فيه أن ذلك مجرد اعتبار لا يقتضى سقوط الحق الثابت بالدليل.

نعم قد يقال: إن المراد بالأحقيه تقدمه على غيره عند التعارض لا جواز الانتفاع بالمكان حال عدمه، فحينئذ يجوز لغيره الوقوف فيه، فإذا جاء تنحى عنه و لو فى أثناء الصلاه مع فرض عدم اقتضاء ذلك التصرف برحله و إلا لم يجز له لذلك لا للأحقيه المزبوره.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب آداب التجاره- الحديث ۱ من كتاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۰- من أبواب صلاه الجماعه من كتاب الصلاه.

و فی المسالک متصلا بما حکیناه «ثم علی تقدیر سقوط حقه یجوز رفع رحله إن استلزم شغل موضعه التصرف فیه و توقف تسویه الصف علیه، و یضمن الرافع له إلی أن یوصله إلی صاحبه جمعا بین الحقین، مع احتمال عدم الضمان للاذن شرعا».

قلت: لا یخفی علیک ضعف الاحتمال المزبور، لما ذکرناه غیر مره من أصاله الضمان مطلقا، لقاعده الید و غیرها.

بل قد یقال: إن سقوط أحقیته لا یقتضی جواز التصرف فی ماله بعد أن کان وضعه بحق و لم تنحصر الصلاه فی الموضع المخصوص، فتأمل جیدا.

ثم لا یخفی علیک بعد الإحاطه بما ذکرناه أنه لا خلاف فی سقوط حقه مع عدم الرحل و إن نوی العود و کان قیامه لضروره من تجدید طهاره و نحوها.

لکن فی المتن قیل: إن قام لتجدید طهاره أو إزاله نجاسه و ما أشبهه لم یبطل حقه و لکن لم نعرف القائل ممن تقدمه، نعم هو للفاضل فی التذکره و الشافعی فی أحد قولیه، لإطلاق الخبر(۱)السابق الذی لا جابر له فیه، بل الموهن متحقق.

أما إذا کان قیامه لغیر ضروره فلا ریب و لا خلاف فی سقوط حقه، لکن فی المسالک نسبته إلی المشهور مشعرا بوجود الخلاف فیه، قال:

«و فرقوا بینه و بین مقاعد الأسواق بأن غرض المعامله یختلف باختلاف المقاعد، و الصلاه فی بقاع المسجد لا تختلف» ثم نظر فیه بمنع عدم اختلاف بقاع المسجد فی الفضیله، لأن ثواب الصلاه فی الصف الأول

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۵۱.

أكثر، و قد يألف الإنسان بقعه من المسجد و يتضرر بفواتها كتضرره بفوات المتعاملين.

قلت: لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت سابقا من أن أحد من أصحابنا لم يقل بذلك فضلا عن أن يكون هو المشهور كما هو مقتضى كلامه حتى يحتاج إلى الفرق المزبور، و النظر المذكور- مع أن فيه ما فيه- انما ذكر ذلك الجوينى كما عرفت الكلام فيه سابقا.

و كذا الكلام فى قوله متصلا بما سمعت: «و ظاهر الأصحاب عدم الفرق هنا بين من يألف بقعه ليقرأ عليه القرآن و يتعلم من الفقه و نحو ذلك و غيره، لعموم قوله تعالى (۱)«سَواءً الْعاكِفُ فِيهِ وَ الْبادِ» و فرق بعضهم فأوجب أولويه المذكورين، كمقاعد الأسواق خصوصا فى الجوامع الكبيره، لأن له غرضا فى ذلك الموضع ليألفه الناس» فإنه لم نجد الفرق المزبور لأحد من أصحابنا، و إنما هو لبعض الشافعيه الذين يناسب أصولهم الاعتبارات المزبوره.

و أغرب من ذلك قوله متصلا بما سمعت: «و إن كان قيامه لضروره لتجديد طهاره أو

إزاله نجاسه و قضاء حاجه ففى بطلان حقه وجهان: أحدهما- و هو الذى قطع به المصنف- عدم البطلان، لمكان الضروره و احتج له فى التذكره ب

قول النبى (صلى الله عليه و آله)(۲): «إذا قام»

إلى آخره.

و قول أمير المؤمنين (عليه السلام)(۳): «سوق»

إلى آخره. و يشكل مع قطع النظر عن السند بأنه أعم من المدعى و أنتم لا تقولون به على العموم، و المخصص لهما مع عدم الضروره مخصص

۱- ۱ سوره الحج: ۲۲- الآيه ۲۵.

۲- ۲ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۱۵۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب آداب التجاره- الحديث ۱ من كتاب التجاره- الحديث ۱ من كتاب التجاره.

معهـا. و الوجه الثـانى بطلاـن حقه، لحصول المفـارقه» إذ هو كمـا ترى نسب إلى المصـنف الأول و صـريح كلامه خلافه، بل قد عرفت أنه لم نعرفه قولا لأحد من أصحابنا. و منه يعلم ما قوله: «وجهان» المشعر بالتردد.

ثم إن ظاهر الأصحاب عدم الفرق فى بطلان الحق مع عدم الرحل بمفارقه المكان

للعذر بين كونه قبل الصلاه أو فى أثنائها، لكن فى الدروس الفرق فحكم ببقاء الأولويه فى الثانى إلا أن يجد مكانا مساويا للأول أو أولى منه، و سقوطها فى الأول محتجا بأنها صلاه واحده فلا يمنع من إتمامها.

و فيه أن حقه تابع لاستقراره بعد فرض عدم الرحل، و إتمامها لا يتوقف على مكان الشروع، و فرض كونه أقرب للعود لا يقتضى بقاء الأولويه المزبوره و إن أدى ذلك إلى بطلان صلاته، كما هو واضح.

ثم إن ظاهر الأصحاب هنا بيان حكم المفارقه مع بقاء الرحل الذى قيل إنه شى ء من أمتعته و إن قل.

أما السبق بـذلك فهل يوجب الأحقيه أو لا بـد من وصوله إليه نفسه و اسـتقراره عليه؟ قد يظهر الثانى من المحكى عن الشـهيد، فـإنه حكى عن الفاضل فى التحرير فى كتاب الصـلاه أنه لا تحصل الأولويه بالرجل فى المسـجد، و جمع بين ذلك و بين كلامه هنا بحمل الأول على تقدم رحله من غير استقرار عليه و كلامه هنا على الاستقرار ثم الخروج بعد ذلك.

و لعل مراده من الاستقرار مطلق الكون، ضروره عدم مدخليته فى ثبوت الأحقيه مع الوصول إليه.

و قـد يقـال بتحقق السبق بمثـل ذلـک عرفـا و إن لـم يصـل إليه، لكنه محـل شـک، و الأصل عـدمه خصوصا بعـد ظهور كلمات الأصحاب فى الثانى.

لكن لا ـ يخفى عليك أنه بناء على ما حققناه سابقا فى الطريق يتجه عدم ثبوت الأـحقيه ببقاء المتاع إذا كان صغيرا بحيث لا يستلزم المكث فى المكان التصرف فيه، نعم لو كان كبيرا مشغلا للمكان مثلا اتجه وجوب الاجتناب، لحرمه التصرف بمال الغير، لا لأن وضعه يفيد أحقيه فى المكان نحو التحجير و إن كان جمله من العبارات توهم ذلك، لكن قد عرفت عدم الدليل له.

و عليه لا فرق حينئذ بين الصغير و الكبير بعد صدق اسم الرحل لا غيره كالتربه و نحوها.

و بـذلك يظهر لـك النظر فى بعض كلمات بعض، كما أنه ظهر لك أيضا مما ذكرناه سابقا فى الاستباق للجلوس للبيع مثلا فى الطريق مع عدم الضـرر بالماره الوجه فيما لو استبق اثنان هنا مثلا إلى موضع من المسجد فتوافيا إليه على حد سواء ف ان الحكم فيهما متحد إن أمكن الاجتماع جاز و إن تعاسرا أقرع بينهما فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

[أما المدارس و الربط]

و أما المدارس و الربط جمع رباط ككتاب و كتب فمن سكن بيتا منها مثلا ممن له السكنى بأن كان متصفا بالوصف المعتبر فى الاستحقاق إما فى أصله بأن يكون مشتغلا بالعلم فى المدرسه أو بحسب الشرط بأن تكون موقوفه على قبيل مخصوص أو نوع من العلم يتصف به الساكن، و حينئذ فهو أحق به بمعنى عدم جواز إزعاج أحد له بلا خلاف أجده فيه، لأنه أحد المستحقين لـذلك، فإزعاجه ظلم قبيح عقلا و نقلا و إن تطاولت المده ما لم يشترط الواقف أمدا فليزمه الخروج عند انقضائه بلا فصل و إن لم يؤمر به.

نعم فى الدروس «و يحتمل فى المدرسه و دار القرآن الإزعاج إذا تم

غرضه من ذلک، و یقوى الاحتمال إذا ترک التشاغل بالعلم و القرآن و إن لم یشترطهما الواقف، لأن موضوع المدرسه ذلک، أما الربط فلا غرض فیه، فیجوز الدوام فیه».

و فیه أنه إن خرج عن الموضوع بتمام الغرض أزعج قطعا، و إلا فلا وجه للاحتمال، بل و لا لما قواه فیه، ضروره أنه إن لم یشترطها و لکن کانت هی المنفعه المقصوده فالمتجه حینئذ عدم معارضه لأهلها، کما سمعته فی الطریق و المسجد، و إلا کان الناس فیها شرعا سواء.

نعم احتمل فی التحریر جواز الإزعاج مع طول المکث على وجه یکون کالملک، قال: «و لو طال الاستیطان على هذه الانتفاعات المشترکه و صار کالملک الذی یبطل به أثر الاشتراک ففی الإزعاج إشکال».

و فیه أنه لا إشکال مع فرض منافاه مصلحه الوقف، أما مع عدمها لوجود ما یحترز به عن ذلک فالمتجه عدم جواز الإزعاج.

و منه یعلم ما فی جامع المقاصد قال: «و لو أدى طول المده إلى التباس الحال بحیث یمکن لو ادعى الملک أن یلتبس على الناس عدم صحه دعواه احتمل جواز الإزعاج أیضا لأنه مضر بالوقف». و على کل حال فهو أمر آخر.

نعم لو اشترط مع السکنى التشاغل بالعلم مثلا فأهمل ألزم الخروج إن لم یخرج بنفسه بلا خلاف و لا إشکال، إذ الوقوف على حسب ما یقفها أهلها المقتضى لعدم جواز سکنى المفروض و إن استمر على الشرط لم یجز إزعاجه لکونه حینئذ من المستحق.

و کیف کان ففی التذکره «و لا یبطل حقه بالخروج لحاجه کشراء مأکول أو مشروب أو ثوب أو قضاء حاجه و ما أشبه ذلک، و لا یلزمه تخلیف أحد فی الموضع، و لا أن یترک متاعه فیه. لأنه قد لا یجد غیره

و قد لا يأمن على متاعه سواه» و نحوه فى المسالك و بعض أتباعها مع زياده لفظ «قطعا» فيها.

لكن ستسمع من الكركى نوع تردد فيما يقرب منه، و لعله لإمكان منع صدق كونه فى يده و قبضته مع فرض عدم دخل له فيه، و لأن منافع الوقف العام لا تستحق إلا بالاستيفاء التدريجى، بمعنى عدم مزاحمه الغير له، فهو فى الحقيقه سبق استيفائه مقدم على غيره إلا أنه حصل له حق بالسبق على وجه يثبت له حق الاستيفاء المستقبل و إن لم يكن له رحل و إلا لثبت ذلك فى المسجد و الطريق، فان الجميع من واد واحد من حيث الدليل.

اللهم إلا أن يقال بملاحظه ذلك للواقف، و فيه تأمل أو منع، أو يقال باختلاف أفراد المسبوق إليه بالسبق عرفا، ففى المدارس مثلا يصدق أنه فى يده و فى قبضته نحو باقى الأعيان الموقوفه كالكتاب و نحوه، فإنه إذا كان فى يد شخص لا يستحقه آخر بمجرد وضعه من يده الحسيه، بخلاف المسجد و الطريق.

و لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله تهجس، و إلا فالموافق لما عليه سيره الناس و عملهم فى جميع الأعصار أن المدرسه و الرباط و نحوهما إذا لم يشترط الواقف كيفيه خاصه و حالا مخصوصا أو لم يعلم بحاله كالمسجد فى جواز الانتفاع، و أنه أحق من غيره فى استيفاء المنفعه المشتركه بينه و بين غيره بالسبق على الوجه الذى ذكرناه، و المنفعه المقصوده للواقف الملاحظه لا على جهه الشرطيه فائدتها الترجيح عند المعارضه، لا عدم جواز الانتفاع بغيرها مع عدم المعارضه.

و حينئذ فقد يقال: إنه بعد أن كان المتعارف فى العمل ذلك يمكن

أن يكون الواقف مدرسه مثلا أو رباطا يكون مقصوده ذلك، نحو الوقف مسجدا الذى قد

ورد فيه أنه «بيت الله»

و أنه «منزل للغرباء و الضعفاء»

و نحو ذلك مما هو راجع إلى الشرع لا مدخليه للواقف فى ملاحظته.

بل قد يحتمل أن ذلك إذن شرعيه باعتبار خروج المال عن يد الواقف لا على جهه خاصه، فصار أمره إلى الشرع الذى مقتضاه ما عرفت.

و كون المراد من المسجد بيتا للعباده مثلا- بخلاف المدرسه- فإن المراد فيها السكنى- غير مجد، ضروره أن التشاغل بها لا يقتضى ثبوت الحق له فى مستقبل الزمان و فى حال عدم قابليته لها، نعم لا يبعد إلحاق المفارقه لها فى الأزمنه التى لا تنافى صدق التشاغل فيها بها، و لو للسيره المستمره على ذلك، فكل ما لا يكون كذلك سقط حقه حينئذ، كما يشهد له ما تسمعه منهم فى صوره المفارقه، و الله العالم.

و كيف كان ف له أى السابق المستحق أن يمنع من يساكنه ما دام متصفا بما به يستحق السكنى إذا كانت العاده أو الشرط من الواقف يقتضى انفراد الواحد، أما لو فرض كون البيت الواحد معدا لجماعه باشتراط الواقف أو باقتضاء العاده لم يجز لأحد منع غيره إلا أن يبلغ العدد النصاب فلهم حينئذ منع الزائد، و الله العالم.

و لو فارق الساكن المسكن على وجه خارج عما عرفته من الأمور الضروريه للساكن، بل كان لعذر و غرض ناويا للعود إليه كسفر لزياده مثلا قيل و لم نعرف القائل ممن تقدمه:

هو أولى عند العود و إن لم يكن له فيه رحل، لصدق كونه سابقا، و أن ما سبق إليه فی يده و فی قبضته.

و لكن فيه تردد مما عرفت و مما ستعرف لا- لصدق المفارقه التی هی ليست عنوانا فی شی ء من الأدله و لعل الأقرب سقوط الأولويه التی مقتضى الأصل عدمها فی مثل الفرض، بل فی القواعد و الإرشاد الجزم بذلك، بل فی الروضه نسبته إلى الأكثر.

لكن فی التذكره «و لو فارق لعذر أياما قليله فهو أحق إذا عاد، لأنه ألفه، و إن طالت غيبته بطل حقه» و استحسنه فی المسالك، و قواه فی الروضه، بل قد يظهر من اللمعه عدم البطلان مطلقا.

و فی جامع المقاصد «و الظاهر أن مفارقته من غير أن يبقى رحله مسقط لأولويته و لو قصر الزمان جدا، كما لو خرج لغرض لا ينفك عن مثله عاده و لا يخرج فی العاده عن كونه ساكنا، ففی بقاء حقه قوه».

و عن تعليق الإرشاد له أيضا فيما إذا لم يبق رحله و قصر الزمان وجهان، و عن التحرير «لا إشكال فی بقاء حقه حيث فارق لعذر» و نحوه عن الكفايه.

و فی الدروس «لو فارق ساكن المدرسه و الرباط ففيه أوجه، زوال حقه كالمسجد، و بقاؤه مطلقا، لأنه باستيلائه جرى مجرى الملك، و بقاؤه إن قصرت المده دون ما إذا طالت لئلا يضر بالمستحقين، و بقاؤه إن خرج لضروره كطلب تأديه مهمه و إن طالت المده، و بقاؤه إن بقی رحله و خادمه، و الأقرب تفويض ذلك إلى ما يراه الناظر».

و قد يشكل بأن الناظر ليس له إخراج المستحق اقتراحا، فرأيه فرع الاستحقاق و عدمه، نعم لو فوض إليه الأمر مطلقا فلا إشكال.

أما إذا أبقى رحله ففی القواعد الاشكال فيه، قيل من أنه وضع بحق

سابق اقتضـى الأولويه على غيره فلا يزال، و من أن المدرسه للسكنى لا لوضع الرحل و إنما جاز وضعه تبعا لها و قد زالت فيزول التابع.

و رده الكركى بأن المتنازع فيه هو زوال السكنى بالخروج مع بقاء الرحل، و من خرج عن بيت مع بقاء متاعه فيه لغرض لا يخرج عن كونه ساكنا فيه عاده.

و من هنا قال فى جامع المقاصـد: «الأقرب بقاء الحق إن لم تطل المده بحيث يؤدى إلى التعطيل» و نحوه عن تعليقه على الإرشاد و حواشـى الشـهيد، و فى الروضه «الأقوى أنه مع بقاء الرحل و قصر المده لا يبطل حقه، و بدون الرحل يبطل إلا أن يقصر الزمان بحيث لا يخرج عن الإقامه عرفا».

هـذا كله فى المفارقه لعـذر، أما إذا كانت لغير عـذر فظاهر المتن و غيره بطلان حقه مطلقا، بل هو صـريح المسالك و الروضه و غيرهما، بل فى الكفايه أنه الأشهر.

قلت: قـد ذكرنا ما يظهر لك منه ما فى كثير من هـذه الكلمات و غيرها المنبئه عن عدم تحقيق الحال عندهم فى ذلك، و المتجه ما عرفت من عدم ثبوت حق للسابق إلا على معنى عدم مزاحمه الغير فى استيفائه على الوجه الذى ذكرناه.

و بقـاء الرحـل ليس هو من التحجير، و لـذا لا- يورث و لا- يصالـح عنه و لا- غير ذلك مما يجرى على الحقوق الماليه، و إنما هو طريق شـرعى لحبس المكـان باعتبار حرمه التصـرف فيه للغير مع فرض عـدم المعارضه لـذى المنفعه المقصوده، و نحوه جار فى المدارس و الربط أيضا ما لم يلزم التعطيل المنافى لغرض الواقف، و إلا فليس لأحد التصرف فيه بعد أن كان وضعه بحق.

و الأصل فى ذلک عدم أدله شرعيه يتضح منها الحال، إذ ليس إلا النصوص التى هى غير جامعه لشرائط الحجيه حتى الجبر بشهره و نحوها فى محال الشک، لما عرفته من الاشکال و الاضطراب.

و من هنا لا وجه لدعوى استصحاب بقاء الحق و نحوه بعد أن لم يعلم كون الحق الثابت مما يستصحب أو لا، إذ المحتمل كونه ما ذكرناه، و كلمات الأصحاب و إن اشتملت على التعبير به أيضا إلا أنها أيضا غير منقحه بالنسبه إلى ذلک، كعدم تنقيحها فى مفروض المسأله الذى جزموا بسقوط الحق بالمفارقه لغير عذر و إن قصر الزمان، بل و معه إلا من سمعت مع صدق السكنى العرفيه التى يمكن أن يكون بناؤها على التسامح و معامله الوقف معامله الملک، و كذا كلامهم مع الرخل، فلا مناص حينئذ إلا ما ذكرناه، و الله العالم و الهادى.

[الطرف الرابع فى المعادن]

اشاره

الطرف الرابع فى المعادن جمع معدن، و قد تقدم الكلام فيه فى كتاب الصلاه(۱)و قيل:

إن المجتمع من كلمات (كلام خ ل) الفقهاء و اللغويين هو ما استخرج من الأرض مما كانت أصله و اشتمل على خصوصيه يعظم الانتفاع بها، و إليه يرجع ما فى المسالک من أنها هى البقاع التى أودعها الله شيئا من الجواهر المطلوبه.

۱- ۱ راجع ج ۸ ص ۴۱۲.

[المعادن الظاهره]

و على كل حال ف الظاهره منها و هى التى لا تفتقر إلى إظهار بمعنى عدم احتياج الوصول إليها إلى مئونه كالملح و النفط و القار و الكبريت و الموميا و الكحل و البرام و غيرها مما هى ظاهره بلا عمل و إنما السعى و العمل لأخذه لا تملك بالاحياء معدنا، لعدم تصوره بعد أن كان هو الحفر و نحوه لاظهاره، كما ستعرفه فى المعادن الباطنه، و الفرض هنا ظهوره.

نعم لو أراد إحياؤها دارا مثلا- أو غيرها مما لا ينافى كونها معدنا أمكن القول بصحته، فيملكه حينئذ إن لم يكن إجماعا على خلافه و لو لإطلاقهم عدم إحيائها و لكن لم أجد ذلك محررا فى كلامهم.

و عليه ف لا يختص بها المحجر الذى هو الشارع فى الاحياء الذى عرفت انتفاؤه.

و فى جواز إقطاع السلطان المعادن المزبوره و المياه تردد من عموم ولايته المستفاده من قوله تعالى (۱)«أَوْلى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» و غيره، و كونها من الأنفال فى

خبر إسحاق بن عمار المروى عن تفسير على بن إبراهيم (۲)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الأنفال فقال: هى التى خربت- إلى أن قال-: و المعادن منها»

و فى المرسل (۳)عن الصادق (عليه السلام) «أنه سئل عن الأنفال، فقال: منها المعادن و الآجام».

و «الناس مسلطون على أموالهم»(۴)

۱- ۱ سوره الأحزاب: ۳۳- الآيه ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحديث ۲۰ من كتاب الخمس.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحديث ۲۸ من كتاب الخمس. و هو خبر أبى بصير عن الباقر عليه السلام كما نقله قده فى كتاب الخمس راجع ج ۱۶ ص ۱۲۱.

۴- ۴ البحار- ج ۲ ص ۲۷۲- الطبعه الحديثه.

خصوصا بعد ما فی بعض

نصوص (۱)الأنفال «أن ما کان لله فهو لرسوله یضعه حیث شاء و کذلک الامام بعده».

و من أن مورد الإقطاع الموات باعتبار کونه کالتحجیر، و قد عرفت أنه لا تندرج فیه المعادن، و لو لما ستسمع من أن المشهور کون الناس فیها شرعا فلا وجه لاقطاعها حینئذ.

و عن حنان (۲)قال: «استقطعت رسول الله (صلی الله علیه و آله) معدنا من الملح بمازن فأقطعنیه، فقلت: یا رسول الله إنه بمنزله الماء العد،- یعنی أنها لا تنقطع و لا تحتاج إلی عمل- فقال رسول الله (صلی الله علیه و آله): فلا آذن».

لکن فی المسالک «هذه الروایه علی تقدیر صحتها محتمله للقولین، لکنها قد تشکل علی أصول أصحابنا، لتغییر رأیه فی الحکم بسبب اختلاف النظر فی المعدن، و هی نظیر ما

روی عنه (صلی الله علیه و آله)(۳)«لو بلغنی هذه الأبیات قبل قتله لما قتلته»

یعنی النظر بن الحارث لما بلغه أبیات أخته ترثیه بها، و الجواب عنهما واحد».

قلت: لعله هو من تغیر الحکمه التی یدور معها الحکم الشرعی، کما أنه قد یجاب عن روایه المقام بأن ظاهر استقطاع السائل کون المعدن مواتا یحتاج إلی إحیاء، فلما أظهر للنبی (صلی الله علیه و آله)

کون المعدن ظاهرا حیا منع من إقطاعه، فلا دلاله فیها حینئذ إلا علی منع

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحدیث ۱ و ۱۰ و ۱۲.
۲- ۲ نقله ابن قدامه فی المغنی ج ۶ ص ۱۵۶ عن أبیض بن حمال و فیه« بمأرب» بدل« بمازن» و رواه البیهقی باختلاف یسیر فی سننه ج ۶ ص ۱۴۹.
۳- ۳ سیره ابن هشام ج ۳ ص ۴۵ ط مصر عام ۱۳۵۵.

إقطاع الظاهره منها التی هی محل البحث، إذ لا کلام فی جواز إقطاع الباطنه کما ستعرفه.

و بالجمله هذه المسأله کنظائرها المذکوره فی هذا الکتاب قد ذکرها العامه بناء علی أصولهم فی أئمتهم الذین یجوز علیهم- إن لم یکن قد وقع منهم- کل قبیح، لأن الأحکام الصادره منهم عن اجتهاد و رأی و غیر ذلک من الأمور الفاسده، کما لا یخفی علی من له أدنی خبره بأحوالهم بخلاف الامام (علیه السلام) عندنا الذی لا ینطق عن الهوی، و إن هو إلا وحی یوحی، و لاطلاعه علی المصالح الواقعیه و کونه معصوما عن ترک الأولی فضلا عن غیره صار أولی من المؤمنین بأنفسهم. فالمتجه حینئذ سقوط هذا البحث، ضروره أن له الفعل و إن لم یسم إقطاعا عرفا.

نعم لا یجوز ذلک و نحوه عما هو متوقف علی المصالح الواقعیه للنائب العام، لعدم عموم لنیابته علی وجه یشمل مثل ذلک مما هو مبنی علی معرفه المصالح الواقعیه، و لیس له میزان ظاهر أذنوا (علیهم السلام) فیه فهو من خواص الإمامه لا یندرج فی إطلاق ما دل (۱)علی نیابه الغیبه المنصرف إلی ما کان منطبقا علی الموازین الشرعیه الظاهره، کالقضاء و الولایه علی الأطفال و نحو ذلک لا نحو الفرض.

و کذا التردد فی جواز اختصاص السلطان المقطع بها مما سمعت من کونه أولی و غیره، و من أن الناس فیها شرع سواء، و لکن قد عرفت تحقیق الحال.

و کیف کان فکل من سبق إلیها فله أخذ حاجته بلا خلاف و لا إشکال بل و لو تسابق اثنان مثلا فالسابق أولی بلا خلاف و لا إشکال،

لعموم (۲)«من سبق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۹ من کتاب القضاء.

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۴۲.

إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به»

و لغيره مما تقتضيه من حرمه الظلم و نحوه بعد أن كان الشى ء مشتركا بين الجميع و سبق إليه أحدهم، فيأخذ حينئذ بغيته و إن زاد على ما يعتاد لمثله، وفاقا للفاضل و الشهيدين و الكركى و

محكى المبسوط و غيرهم خلافا للمحكى عن بعض، فلا يجوز له إلا ما يعتاد لمثله، و لا ريب فى ضعفه، لإطلاق الأحقيه.

لكن فى المسالك «و عليه فلو أراد الزياده على ما يقتضيه حق السبق ففى إجابته وجهان من تحقق الأولويه بالسبق، و من أن عكوف غيره يفيد أولويه فى الجمله، و الأصح الأول» و فيه أن ما ذكر من الوجه الأول لا يوافق ما فرضه، و منه يعلم ما فى قوله: «الأصح».

و الأولى من ذلك ما ذكرناه إلا مع وصول الأمر إلى حد المضاره بالغير، و لعله إلى ذلك يرجع ما فى جامع المقاصد من التقييد بما إذا لم يصر مقيما.

كما أن مرجع قول بعض الأصحاب: أخذ بغيته و حاجته و نحوهما إلى شى ء واحد، و هو جواز الأخذ و لو زائدا على الحاجه ما لم تحصل المضاره، و الله العالم.

و كيف كان ف لو توافيا على وجه لم يسبق أحدهما الآخر و لكنهما بالنسبه إلى غيرهما سابق فإن أمكن أن يأخذ كل منهما بغيته دفعه أو تدريجا برضاهما فلا بحث، و إلا أقرع بينهما مع التعاسر و لو بالنسبه إلى تقديم أحدهما إذا فرض وفاء المعدن بحاجتهما معا و لكنه ضيق عن اجتماعهما فى الأخذ.

كما أومأ إليه فى المحكى عن جامع الشرائع بقوله: «فان ضاق أقرع» كقوله فى القواعد و غيرها: «فان تسابق اثنان أقرع مع تعذر الجميع» بل و كذا قوله فى الإرشاد: «أقرع مع تعذر الاجتماع».

و علیه ینزل إطلاق ما عن الخلاف و المبسوط و السرائر: فإن تسابق اثنان أقرع بینهما الامام (علیه السلام) کما ینزل إقراع الامام مع فرض رجوعهما إلیه و إلا رجعا بأنفسهما إلی القرعه، لأن ذلک حکمهما فی الواقع.

و علی کل حال فقد قیل: إن الوجه فی ذلک استوائهما فی الأولویه و عدم إمکان الاشتراک و استحاله الترجیح، فأشکل المستحق فیقرع لذلک، و قد یناقش بمنع عدم إمکان الاشتراک بعد استوائهما فی السبب المقتضی له.

و لعله لذا قال فی المتن و قیل: یقسم، و هو حسن و عن الإیضاح أنه قواه و إن کنا لم نتحقق القائل المزبور منا ممن تقدم علیه، و إنما هو بعض وجوه الشافعیه، و فی التذکره عن بعض علمائنا أن الحاکم ینصب من یقسم بینهما، نعم فی الدروس و اللمعه إن تعذرت القسمه أقرع، و إلیه یرجع ما فی المسالک من أن القول بالقسمه جید مع قبوله لها، أما مع عدمه فالقرعه أحسن.

و لعل المراد بما فی الأولین من عدم قبول القسمه کونه واسعا، لا کما فی الروضه من حیث القله و نحوها.

و حینئذ فیرجع إلی ما أطنب فیه فی جامع المقاصد، فإنه بعد أن ذکر وجه القسمه قال: «و هذا إنما یکون فی غیر المعدن الواسع جدا بحیث یزید علی مطلوب کل واحد منهما، إذ لا معنی للقسمه حینئذ، نعم ما قل عن مطلوبهما لا یبعد القول فیه بالقسمه، لإمکانها و استوائهما فی سبب الاستحقاق، و القرعه إنما هی فی الأمور المشکله التی لا طریق إلی معرفه حکمها، أما ما ثبت حکمها بدلیل شرعی فلا وجه لإجراء القرعه فیها، فان تشاحا فی التقدم فی النیل لضیق المکان فلیس ببعید القول بالقرعه حینئذ، فمن أخرجته أخذ حقه من المقسوم، فتلخص من هذا أنه مع السعه لمطلوبهما المرجع فی القرعه فی التقدیم، و مع عدمه فالقسمه

فإن تشاحا فی التقدیم أقرع، و لو أن أحدهما قهر الآخر و أخذ مطلوبه أثم قطعا، ثم إن كان المعدن واسعا ملک ما أخذه، لأنه لم یأخذ ما استحقه الآخر و إلا لم یملک إلا ما تقتضی القسمه استحقاقه إیاه، و مثله ما لو ازدحم اثنان علی الفرات مثلا فقهر أحدهما صاحبه و حاز ماء، فان الظاهر أنه یملکه، بخلاف ما لو ازدحما علی ماء غدیر و نحوه مما لا یقطع بكونه وافیا بغرضهما، فلان الأولویه لهما، فلا یملک القاهر ما أخذه إلا بعد القسمه».

و تبعه علی ذلک فی الروضه بل و المسالک، و لكن زاد علیه العمل بالقرعه مع عدم إمكان القسمه لقله المطلوب أو لعدم قبوله لها.

و لكن لا- یخفی علیک عدم جریان ذلک علی ما قلناه من أن الأحق فی هذه المقامات لا یزید علی ما یقتضیه الظلم، ضروره عدم حصول الملک إلا بالحیازه التی هی النیل، و إنما السبق فی الفرض قد أفاد عدم جواز مزاحمه الغیر لهما من حیث إنه ظلم، و حیث أشكل الحال فی استحقاق كل منهما إیجاد السبب الذی یحصل به الملک فلا طریق لترجیح أحدهما علی الآخر إلا القرعه، لا قسمه الباقی علی الإباحه و لم یتعلق لأحدهما فی عینه حق، و كونهما سابقین مشمولین

لعموم «من سبق»(۱)

لا یقتضی إلا ما ذكرناه، لا أزید منه من تعلق حق بالعین نفسها فضلا عن الملک.

و لا فرق فی ذلک بین الواسع و الضیق.

و من الغریب دعوی القرعه بینهما فی التقدیم للنیل مع ضیق المكان و عدم الزیاده علی الحاجه، ثم إن من خرجت القرعه له یأخذ حقه من المقسوم.

و أغرب منه دعوی عدم ملک الظالم فی غیر الواسع ما زاد علی القسمه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب آداب التجاره- الحدیث ۱ من كتاب التجاره.

أو ما أخرجه إن لم يكن قابلا لها، بناء على إراده ذلک من عدم قبولها مع فرض حصول السبب المملک منه الذی لیس فی شی ء من الأدله ما یقتضی منع تعلق الحق المزبور عن الملک به، بخلاف ما لو کان المعدن أو الماء زائدا علی الحاجه، فإنه یملک الظالم و إن أثم مع إمکان أن یقال بسبقهما ملکا أیضا مقدار حاجتهما أو مقدار ما ینالان منه أو غیر ذلک.

و بالجمله کل ذلک مجرد تهجس لا تطابق علیه الأدله التی مقتضاها ما ذکرناه، مضافا إلی منع عدم قبول القسمه للقله و نحوها علی ما فسره به فی الروضه، للاشتراک و إن قل، إذ أقصاه البقاء علی الإشاعه فی مثل الیاقوته و نحوها.

و بذلک کله ظهر أن الأولی القرعه فی التقدیم مع فرض ضیق المکان سواء کان المعدن واسعا أو ضیقا، فیملک حینئذ من أخرجته القرعه و لا یشارکه الآخر.

بل المتجه أیضا ترتب الملک علی الحیازه المزبوره لو قهر صاحبه فمنعه منها و إن کان ظالما.

نعم لو کان المعدن لا- یفی بحاجتهما و مکان النیل غیر ضیق فکل من حصل منه النیل ملک به ما ملکه، و نحو ذلک فی ماء الفرات و الغدیر.

و لعله لذا قال فی الکفایه: «المشهور أنه إذا تغلب أحدهما علی الآخر أثم» و فیه إشکال، و لعله لما سمعته من تعلق الحق الذی لم یثبت کونه مانعا عن الملک بالسبب، بل مقتضی إطلاق الأدله ترتبه علیه و إن أثم فی مقدماته أولا.

هذا و عن بعض الشافعیه احتمال أن الامام یجتهد و یقدم من یراه أحوج و أحق. لأن سبب الاستحقاق الحاجه، و متی کان سببه أقوی استحق التقدیم، و احتمله بعض أصحابنا أیضا.

لكنه واضح الضعف، ضروره عدم أثر فى شى ء من الأدله يقتضى ترجيح الأحوج على غيره. نعم قد تقدم فى المباحث السابقه وجوب بذل الماء مثلا فى إحياء النفس المحترمه، و هو أمر آخر غير ما نحن فيه كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف من فقهائنا و هو المفيد و سلار بل حكى عن الكلينى و شيخه على بن إبراهيم و عن الشيخ أيضا من يخص المعادن مطلقا بالإمام (عليه السلام) فهى عنده حينئذ من الأنفال للخبر المزبور(۱)أو لأنها من الأرض التى لا رب لها.

و على هذا لا يملك ما ظهر منها و لا ما بطن إلا بتمليك منه و لو صح تملكها بالاحياء بفرضه فيما تصور حصوله فيها لزم من قوله اشتراط إذن الامام (عليه السلام) حال حضوره أو مطلقا على الكلام السابق.

و لكن كل ذلك لم يثبت (۱۱) لعدم جابر للخبر المزبور(۲)بل الموهن متحقق، فان المشهور نقلا و تحصيلا على أن الناس فيها شرع سواء. بل قيل: قد يلوح من محكى المبسوط و السرائر نفى الخلاف فيه.

مضافا إلى السيره المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار فى زمن تسلطهم و غيره

على الأخذ منها بلا إذن، حتى ما كان فى الموات الذى قد عرفت أنه لهم منها، أو فى المفتوحه عنوه التى هى للمسلمين، فإنه و إن كان ينبغى أن يتبعهما، فيكون ملكا للإمام (ع) فى الأول و للمسلمين فى الثانى- لكونه من أجزاء الأرض المفروض كونها ملكا لهما، بل لو تجدد فيهما فكذلك أيضا-

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحديث ۲۰ من كتاب الخمس.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحديث ۲۰ من كتاب الخمس.

إلا أن السیره المزبوره العاضده للشهره المذکوره و لقوله تعالی (۱):

«خَلَقَ لَکُمْ ما فِی الْأَرْضِ» و لشده حاجه الناس إلی بعضها علی وجه یتوقف علیه معاشهم نحو الماء و النار و الکلأ و فی

خبر أبی البختری (۲)عن جعفر عن أبیه عن علی (علیهم السلام) «لا یحل منع الملح و النار»

و غیر ذلک مما لا یخفی علی السارد لأخبارهم یوجب الخروج عن ذلک.

فما عن بعضهم من التفصیل فیها بین ما کان فی مواته (علیه السلام) و بین غیره واضح الضعف.

و من الغریب ما فی الدروس من أنه قال: «و بعض علمائنا یخص المعادن بالإمام، سواء کانت ظاهره أو باطنه، فتوقف الإصابه منها علی إذن فی حضوره لا مع غیبته، و قیل باختصاصه فی الأرض المملوکه له، و الأول یوافق فتواهم بأن موات الأرض للإمام، فإنه یلزم من ملکها ملک ما فیها، و المتأخرون علی أن المعادن للناس شرع، إما لأصاله الإباحه، و إما لطعنهم فی أن الموات للإمام، و إما لاعترافهم به و تخصیص المعادن بالخروج عن ملکه، و الکل ضعیف» إذ هو کما تری بعد الإحاطه بما ذکرناه.

ثم إنه قال فی المسالک تفریعا علی الأول: «ما کان منها ظاهرا لا یتوقف علی الاحیاء یجوز فی حال الغیبه أخذه کالأنفال، و ما یتوقف علی الاحیاء فان کان الامام (ع) ظاهرا فلا إشکال فی عدم تملکه بدون إذنه و مع غیبته یحتمل کونه کذلک عملا بالأصل و إن جاز الأخذ منه کغیره من الأنفال، لأن تملک مال الغیر یتوقف علی إذنه، و هو مفقود و إنما الموجود الاذن فی أخذه».

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.

و فیه (أولا) مع فرض شمول دلیل التملک بالاحیاء له لا ینبغی التوقف فی ملکه، ضروره کونه حینئذ کالموات من الأرض إن لم یکن منها. و (ثانیا) أن الاذن منهم فی الأنفال لمن هی له ظاهره أو صریحه فی لوازم الملک کالبیع و النکاح و نحوهما، فلا محیص عن القول بالملک فیما یؤخذ منها لمن أذنوا له فیها، کما هو واضح، و الله العالم.

و لو کان إلی جانب المملحه أرض موات إذا حفر بها بئر و سیق إلیها الماء صار ملحا صح تملکها بالإحیاء الذی منه حفرها لذلک و اختص بها المحجر الذی شرع فی حفرها. و لو أقطعها الإمام (علیه السلام) صح بلا خلاف أجده فی شی ء من الثلاثه، بل و لا إشکال، ضروره کون الأرض حینئذ من الموات الذی عرفت صحه الثلاثه فیه و صیروره الماء فیها ملحا لا یجعلها معدنا، کما أن کونها بجنب المملحه کذلک أیضا، فان کلا منهما حینئذ علی حکمه، کما هو واضح و الله العالم. هذا کله فی المعادن الظاهره.

[أما المعادن الباطنه]

اشاره

و أما المعادن الباطنه التی لا تظهر إلا بالعمل و المعالجه کمعادن الذهب و الفضه و النحاس و الرصاص و نحوها حیث تکون کذلک، و إلا فلو فرض احتیاج بعضها إلی کشف تراب یسیر أو کانت علی وجه الأرض لسیل و نحوه فلها حکم المعادن الظاهره، و هو الملک بالحیازه لا غیره علی حسب ما عرفت، کما أن ما کان من الظاهره لو فرض کونه فی طبقات الأرض علی وجه یحتاج إلی حفر و عمل کان له حکم ما تسمعه من حکم الباطنه.

و علی کل حال فهی أی الباطنه تملک بالإحیاء الذی هو العمل حتی یبلغ نیلها بلا خلاف أجده بین من تعرض له کالشیخ و ابنی البراج و إدریس و الفاضل و الشهیدین و الکرکی و غیرهم علی ما حکی

عن بعضهم، بل عن ظاهر المبسوط و المهذب و السرائر الإجماع على ذلک.

بل الظاهر أن الحكم كذلك سواء قلنا إنها للإمام أو للناس، و لعله لصدق الاحياء الذى هو سبب الملك، و لو بملاحظه ما سمعته من فتوى الأصحاب، فإن إحياء كل شى ء بحسبه، و من هنا يملك البئر ببلوغه الماء الذى فيها، إذ هو كالجوهر الكائن فيها و يبلغه بحفرها. و حينئذ فلو قهره ظالم و أخرج منه شيئا كان ملكا للمحيى، بل و لا اجره للظالم.

و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف فى أنه يجوز للإمام إقطاعها قبل أن تملك بل ربما ظهر من التذكره الإجماع عليه، لأنه إن لم يكن مواتا داخلا فى ملكه فهو بحكم الموات المندرج فى عموم ولايته و للخبر(۱)السابق الدال على جواز إقطاع المعدن الباطن.

نعم عن الشافعى أنه لا يقطع إلا بقدر ما يتمكن المقطع من العمل عليه و الأخذ منه حذرا من التعطيل و التضييق على الناس.

مع أنه فى التذكره مقابلا لذلك «و قال علماؤنا: للإمام أن يقطعه الزائد» بل قيل: إنه ظاهر إطلاق المبسوط أو صريحه و ظاهر إطلاق الباقين، و إن كان قد يقال بأن ما ذكره الشافعى مناسب لما تسمعه من المصنف و الشيخ و ابن البراج و الفاضل و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم من أنه إذا أهمل المحجر له بعض العمل أجبره الامام على إتمامه أو الترك، فان اعتذر بعذر ينتظر أنظره، ثم يلزمه أحد الأمرين نحو ما سمعته سابقا، إذ ليس ذلك إلا لما سمعته من الشافعى من التعطيل و الضيق. و لعله لذا اختار فى التحرير مذهب الشافعى.

بل لو اعتذر بالإعسار أمكن عدم إجابته كما فى جامع المقاصد، لعدم الأمد الذى يخشى منه التطويل المفضى إلى التعطيل، هذا.

۱- ۱ راجع التعليقه ۲ من ص ۱۰۲.

و قـد عرفت أن حقيقه إحيائهـا أن يبلغ نيلهـا بلاـ خلاـف أجـده، نعم زاد بعضـهم مع ذلـك قصـد التملك، و هو جيـد مع فرض اشتراطه فی مطلق الاحياء و إن كان قد عرفت البحث فيه، ضروره أن المقام كغيره، و إلا فلا وجه له قطعا، لعدم احتمال ما يخصه من بين أفراد الاحياء.

و على كـل حـال ف لو حجرهـا و هو أن يعمـل فيهـا عملاـ لاـ يبلغ به نيلهـا كان أحق بها و لم يملكها على حسب ما سـمعته فی التحجير الذى ما نحن فيه فرد منه، إذ هو شروع فی إحيائها.

و من هنا قـد عرفت عدم الخلاف فی أنه يجرى فيه ما تقدم فی التحجير من أنه لو أهمل أجبر على إتمام العمل أو رفع يده عنها، و لو ذكر عذرا أنظره السلطان بقدر زواله ثم ألزمه أحد الأمرين كما عرفت الكلام فی ذلک كله مفصلا.

ثم قـد عرفت سابقـا أيضـا أن من ملـک مواتـا بإحيـائه ملـک حريمه معه، و هو مرافق ذلـک العـامر الـتى يرجع فيهـا إلى العرف المختلف باختلاف الأحوال و الأمكنه، و هو معنى ما عن المبسوط و المهذب من أنه إذا أحيا المعدن فهو أحق به و بمرافقه التى لا بد منها على حسب الحاجه إليه إن كان يخرج منه ما يخرج بالأيدى، و إن كان يخرج بالأعمال فكما ذكرناه فی الموات، و قد ذكرا هناک أن المدار على الحاجه مما يتوقف عليه الدواب و الدولاب و المستقى و نحو ذلک.

لكن فی القواعد «لا يقتصر ملک المحيى على محل النيل، بل الحفر التى حواليه و تليق بحريمه يملكها أيضا» و قيل: إن مراده بها ما يريد أن يحفرها، فهى الحفر بالقوه لا بالفعل، و لكن لا يخفى عليک ما فی ذلک.

و نحوه ما فی المسالک «و إذا اتسع الحفر و لم یوجد المطلوب إلا فی بعض جهاته لم یقتصر الملک علی محله، بل کما یملکه یملک ما حوالیه مما یلیق بحریمه، و هو قدر ما یقف فیه الأعوان و الدواب، و من جاوز ذلک و حفر (بئرا خ) لم یمنع و إن وصل إلی العرق» و لا یخفی علیک ما فیه من الإجمال أیضا.

و کذا ما فی الدروس و غیرها «من ملک معدنا ملک حریمه، و هو منتهی عروقه و مطرح ترابه و طریقه و ما یتوقف علیه عمله إن عمله عنده» فإنه إن لم یحمل علی إراده ما لا یزید علی حریمه من منتهی عروقه أشکل بما هو المعلوم المصرح به فی کلام غیر واحد من أنه لو حفر فبلغ المعدن لم یکن له منع غیره من الحفر فی ناحیه أخری، فإذا وصل إلی ذلک العرق لم یکن له منعه، لأنه یملک المکان الذی حفره و حریمه.

و ما فی التحریر من أنه «إن وصل الأول إلی العرق فهل للثانی الأخذ منه من جهه أخری؟ الوجه المنع، فإن الأول یملک حریم المعدن» محمول بقرینه التعلیل و غیر ذلک من کلامه علی ما إذا کان موضع الآخر حریما للأول، و الله العالم.

[فروع]

[الأول لو أحیا أرضا و ظهر فیها معدن ملکه تبعا لها]

الأول:

لو أحیا أرضا و ظهر فیها معدن باطن ملکه تبعا لها بلا خلاف أجده فیه کما عن المبسوط و السرائر الاعتراف به، بل قیل

إن ظاهر الأول بل الثانى نفيه بين المسلمين لأنه جزء من أجزائها و إن استحال إلى حقيقه أخرى غيرها، إلا أن ذلك لا يخرجه عن ملكه فيها، سواء كان عالما به حين أحياها أو لا، خلافا للشافعى فملك الثانى دون الأول.

و فيه ما لا يخفى من أنه على الحالين من أجزاء الأرض التى ملكها بالاحياء. و من هنا افترق عن الكنز المدفون فيها الذى هو إن كان ركازا لا أثر للإسلام عليه جاز تملكه كالمعادن الظاهره بعد إخراج خمسه، و إلا كان لقطه. و كذا لو اشترى أرضا فظهر فيها معدن.

و كيف كان فلا ينافى ذلك ما تقدم سابقا من عدم ملك الامام (ع) المعدن فى مواته المملوك له، بل و كذا المفتوحه عنوه التى هى للمسلمين و إن كان مقتضى ذلك كونه تابعا للملك.

لكن قد عرفت سابقا ما يقتضى خلافه، و لعله للفرق بين ملك الامام (عليه السلام) و المسلمين و بين ملك المحيى المخصوص، بل لا يتم ذلك إلا بذلك، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[الثانى لو حفر أرضا فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون فهو غنيمه للغانمين]

الثانى:

لو حفر أرضا فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون فعن المبسوط و المهذب و التذكره و التحرير أنه غنيمه للغانمين لا- أنه للمسلمين كالأرض، و عن الفخر أنه قواه، و الكركى استظهره.

لكن فى القواعد الإشكال فى ذلك، و لعله من كونه بحكم المنقول و غير مندرج فى الأرض التى دلت الأدله أنها للمسلمين، و لعدم علم قصد التملك للحافر له، فيكون حينئذ على أصل الإباحه، نحو من حفر بئرا

فی البادیه ثم ارتحل عنها، و من أنه جزء من الأرض التی لا تنقل أو مشابه لها فی ذلک.

و لکن لا یخفی علیک ضعف الأخیر، بل و لا بعض ما ذکر للأول الذی لا یقدح فی قوته ذلک، و الله العالم.

[الثالث لو قال رب المعدن لآخر اعمل فیه و لک نصف الخارج فهو باطل لجهاله العوض]

الثالث:

لو قال رب المعدن لآخر: «اعمل فیه و لک نصف الخارج» ففی القواعد و جامع المقاصد و محکی المبسوط و التذکره بطل، لجهاله العوض إجاره کان أو جعاله، و هو کذلک فی الأول، أما الثانی فقد تقدم فی کتاب الجعاله ما یعلم منه صحه ذلک و عدمه بعد فرض کون المعدن مملوکا للجاعل بالإحیاء أو بغیره.

و لو قال له: «اعمل فما أخرجته فهو لک» ففی محکی المبسوط «لا یصح، لأنه هبه مجهول، فکل ما یخرجه حینئذ فهو لصاحب المعدن إلا أن یستأنف له هبه، و لا اجره للعامل، لأنه عمل لنفسه» إلی آخره و نحوه عن المهذب، بل عن التذکره اختیاره.

لکن قد یشکل ذلک- بعد توجیهه بإراده المعدوم حال الهبه من الجهل، فان ما یخرجه لم یکن حاصلا قبله- بأنه إباحه تملک، کما أومأ إلیه فی محکی التحریر قال: «یکون ذلک إباحه للإخراج و التملک، و إن کان للمالک الرجوع فی العین مع بقائها و لا اجره له» إلی آخره.

و بعد التسلیم قد یمنع عدم استحقاق الأجره مع جهالته بالحکم، لأصاله احترام عمل المسلم الذی صار فی الواقع لصاحب المعدن و إن زعم أنه له، کما أومأ إلیه فی الدروس، اللهم إلا أن یمنع جعل الجهل بالحکم

عذرا لعدم تحقق الإغراء.

[أما الماء]

اشاره

و أما الماء الذی هو أحد المشترکات للأصل و الإجماع بقسمیه و

النبوی (۱)«الناس شرکاء فی ثلاثه: النار و الماء و الکلأ»

و الکاظمی (۲)«إن المسلمین شرکاء فی الماء و النار و الکلأ»

ف قد یعرض له الملک بالاحراز فی آنیه أو مصنع أو حوض أو نحوها بلا خلاف فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل لعله ضروری، و إن حکی عن بعض العامه عدم الملک بذلک، و إنما یفید الأولویه، لإطلاق النص المزبور إلا أن مثل ذلک لا ینافی الضروره المزبوره، کما أن الخبر المزبور لا ینافی عروض الملک بالحیازه التی هی أحد أسبابه.

مضافا إلی

قوله (صلی الله علیه و آله)(۳): «من سبق إلی ما لم یسبق إلیه مسلم فهو له»

و غیر ذلک من السیره المستمره فی سائر الأعصار و الأمصار علی تملک ذلک و بیعه و جریان جمیع أحکام الملک، من غیر فرق بین المسلمین و غیرهم.

و لا یجب علیه بذل الفاضل عن حاجته من هذا الماء المحوز بلا خلاف، کما عن الشیخ و غیره الاعتراف به، إذ لیس هو کالبئر التی ستسمع الکلام فیها مع أن المشهور

أن من حفر بئرا فی ملکه أو (فی خ) مباح لیملکها فقد اختص بها کالمحجر، فإذا بلغ الماء فقد ملک الماء و البئر بل لا أجد خلافا فی التحجیر المزبور و إن کان هو غیر واضح.

الوجه فی الملک، و إن قیل: المراد به أنه یختص بمائها فلو أن أحدا

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۴- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

۳- ۳ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۴۲.

غلبه علیها و تمم حفرها لم یملک ماءها.

و لا کـذلک لو حفرها غاصب فی ملکه ابتـداء، فإنه یملکه أو یکون أولی، إلا أنه کما تری، ضـروره کونه کذلک قبل الحفر، و دعوی ملک الغاصب الماء أو کونه أحق لو حفر ابتـداء فی غایه الفساد، کما تقـدم فی کتاب الغصب (۱)و علی کل حال فالأمر سهل بعد وضوح الأمر.

نعم قـد یقال بظهور الفائـده فی ذلک بالنسـبه للحریم لمن أراد حفر بئر أخری فی المباح المجاور لملکه، فإنه إذا کان حافرا فیها له منعه مع فرض تضرره، بخلاف ما إذا لم یکن حافرا.

و أما ملک الماء ببلوغه الذی نسبه غیر واحد إلی الأصحاب مشعرا بالإجماع علیه، بل لعله کذلک نظرا إلی السیره المستمره

فقد یقال إن الوجه فیه إمکان دعوی أنه نماء ملکه، کثمره الشـجره و لبن الدابه مثلا، أو دعوی أن ذلک حیازه له أو سبق إلی ما لم یسبق إلیه مسلم فیکون له، و فحوی ما تسمعه من نصوص (۲)بیع الشرب، أو أنه إحیاء للأرض بالسرایه علی نحو ما سمعته فی المعدن، أو أن ملک الأرض یقتضی ملک الماء الکامن فیها و إن لم یکن من أجزائها، أو غیر ذلک.

لکن عن الشیخ فی المبسوط بعد أن ذکر الملکیه علی نحو ما ذکرها الأصحاب أنه قال: «کل موضع قلنا فیه بملک البئر فإنه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه و شرب ماشیته و سقی زرعه، فإذا فضل بعد ذلک شی ء وجب بذله بلا عوض لمن احتاج إلیه لشربه و شرب ماشیته- إلی أن قال-: أما لسقی زرعه فلا یجب علیه لکنه یستحب» و استدل علی

۱- ۱ راجع ج ۳۷ ص ۲۰۶- ۲۰۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب عقد البیع- من کتاب التجاره.

ذلک ب

خبر ابن عباس (۱)«الناس شرکاء»

إلی آخره، و ب

خبر جابر(۲)عن النبی (صلی الله علیه و آله) «أنه نهی عن بیع فضل الماء».

و نحوه عن الخلاف مع زیاده الاستدلال ب

خبر أبی هریره(۳)عنه (صلی الله علیه و آله) «من منع فضل الماء لیمنع به الکلأ منعه الله فضل رحمته».

و فی المختلف حکایته أیضا عن أبی علی، بل و عن الغنیه، لقوله:

«إذا کانت البئر فی البادیه فعلیه بذل الفاضل لغیره لنفسه و ماشیته» لکن یمکن أن یرید السابق لها لا حافرها، فلا یکون مخالفا.

هذا و فی المسالک «أن الفرق بین سقی الحیوان و الزرع حیث منع من منعه للأول دون الثانی أن الحیوان محترم لروحه بخلاف الزرع».

و فیه أن ذلک غیر مجد بعد فرض کون أحقیته بقدر حاجته، کما هو ظاهر ما سمعته منه.

ثم قال فی جوابه فیها أیضا: «إن هذه الأخبار کلها عامیه، و هی مع ذلک أعم من المدعی، و مدلولها من النهی عن منع فضله مطلقا لا یقول به و لا غیره ممن یعتمد هذه الأحادیث، و هی ظاهره فی إراده الماء المباح الذی لم یعرض له وجه تملک، کمیاه الأنهار العامه و العیون الخارجه فی المباح و السابقه

علی إحیاء الأرض الموات و میاه العیون و الآبار المباحه، فإن الناس فی هذا شرع حتی لو دخل شی ء منه فی أملاک الناس لم یملکوه إلا بنیه الحیازه، کما لو نزل مطر و اجتمع فی ملکهم، لکن لیس لأحد أن یدخل الملک لأخذه من حیث التصرف فی الملک لا من

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۴- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۵.

۳- ۳ کنز العمال- ج ۳ ص ۵۱۸- الرقم ۳۹۷۵ ط عام ۱۳۷۰ عن أبی قلابه.

حیث الماء، و لو فرض دخوله أساء و ملک ما أخذه من الماء».

و فیه أن الأخبار المزبوره کما هی موجوده فی طرق العامه موجوده فی طرق الخاصه(۱)بسند معتبر کما ستعرف، و ما دل (۲)علی الاشتراک منها غیر مانع من الملک بسببه کحیازه أو أحیاء أو نحو ذلک، کما أن ما دل منها علی منع الفضل منزل علی منع مباح الماء و بیعه بالتغلب و نحوه أو علی الکراهه.

ک

موثق أبی بصیر(۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «نهی رسول الله (صلی الله علیه و آله) عن بیع النطاف و الأربعاء، قال:

و الأربعاء أن تسنی مسناه لتحمل الماء و تسقی به الأرض ثم یستغنی عنه، قال: فلا تبعه، و لکن أعره جارک، و النطاف أن یکون له الشرب فیستغنی عنه، فقال: لا تبعه أعره أخاک و جارک».

و موثق عبد الرحمن (۴)عنه (علیه السلام) «نهی رسول الله (صلی الله علیه و آله) عن المحاقله- إلی أن قال-: و النطاف شرب الماء لیس لک إذا استغنیت عنه أن تبیعه جارک تدعه له، و الأربعاء المسناه تکون بین القوم فیستغنی عنها صاحبها، قال: یدعها لجاره و لا یبیعها إیاه»

لقصورهما عن معارضه ما یقتضی صحه البیع من إطلاق الأدله و الإجماع و خصوص

صحیح سعید الأعرج (۵)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «سألته عن الرجل یکون له الشرب مع قوم فی قناه له فیها

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.

۴- ۴ ذکر صدره فی الوسائل- الباب- ۱۳- من أبواب بیع الثمار- الحدیث ۱ و ذیله فی الباب- ۲۴- من أبواب عقد البیع- الحدیث ۴ من کتاب التجاره.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب عقد البیع-- الحدیث ۱ من کتاب التجاره.

شرکاء فیستغنی بعضهم عن شربه أ یبیع شربه؟ قال: نعم إن شاء باعه بورق، و إن شاء بکیل حنطه»

و نحوه روایه سعید بن یسار(۱)و فی

حسن الکاهلی أو صحیحه (۲)«سأل رجل أبا عبد الله (علیه السلام) و أنا عنده عن قناه بین قوم لکل منهم شرب معلوم فاستغنی رجل منهم عن شربه أ یبیعه بحنطه أو شعیر؟ قال یبیعه بما شاء، هذا مما لیس فیه شی ء»

و فی المروی عن قرب الاسناد(۳)«عن قوم کانت بینهم قناه لکل إنسان منهم شرب معلوم، فباع أحدهم شربه بدراهم أو بطعام هل یصلح؟ قال: نعم»

و غیر ذلک مما دل علی بیع الشرب.

فظهر لک من ذلک کله أنه لا إشکال فی ملک الماء المستبطن (۴)و حینئذ لم یجز لغیره التخطی إلیه إلا بإذنه کغیره من الأموال المحترمه و لو أخذ منه شیئا من دون إذنه أعاده.

و یجوز بیعه کیلا و وزنا بلا خلاف و لا إشکال، بل و مشاهده إذا کان محصورا علی وجه لا یتعذر تسلیمه باختلاطه بما یتجدد من غیره و إلا ف لا یجوز بیعه أجمع، لتعذر تسلیمه، لاختلاطه بما یستخلف فیتعذر تسلیمه، نعم قد یقوی جواز بیعه

علی الدوام، لما سمعته من النصوص المزبوره.

و لعله لذا قال فی الدروس: «یباع کیلا و وزنا و مشاهده إذا کان محصورا، أما ماء البئر و العین فلا إلا أن یرید علی الدوام، فالأقرب الصحه، سواء کان منفردا أو تابعا للأرض».

و لا یقدح عدم معلومیه المتجدد التی یکفی فیها معرفه حالها فی الزمان

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب عقد البیع- الحدیث ۱ من کتاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب عقد البیع- الحدیث ۳ من کتاب التجاره.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب عقد البیع- الحدیث ۵ من کتاب التجاره.

۴- ۴ هکذا فی النسخه الأصلیه المبیضه، و فی المسوده بقلمه الشریف« المیاه المستبطنه».

السابق على حال البيع، و إشكاله بالجهاله بعدم العلم بقدر ما يسلم إليه كأنه من الاجتهاد فى مقابله النص، مع إمكان منع تحققها عرفا فى مثله، فان العلم المزبور كاف، إذ لا دليل على اشتراط أزيد من ذلك.

و دعوى أن الشهره هنا محكيه على عدم جواز البيع- فتكون عاضده لما دل على النهى عن بيع الغرر. مضافا إلى إمكان إراده غير البيع من البيع فى النصوص المزبوره، فإنه مجاز شائع، و إلى أنها غير مساقه لبيان ذلك، و إنما هى لبيان جواز بيعه بما يشاء- يدفعها منع تحقق الشهره فى الفرض المزبور.

بل ظاهرهم فى صوره الاختلاط التى لولاها لأمكن القول بالجواز فيها أيضا بعد مشاهدته و معلوميته و الإقباض بالتخليه بينه و بينه، و إن اقتضى ذلك اختلاطه بما يتجدد من الماء فإن أقصاه حينئذ للشركه المقتضيه للصلح بينه و بين البائع، لا بطلان البيع الذى مقتضى إطلاق الأدله صحته على وجه لم يثبت مثل ذلك مانعا لها، بل يمكن منع الشهره فى مثل ذلك، كما لا يخفى على من لاحظ و تأمل.

و أولى من ذلك نقله بالصلح أو الهبه أو غير ذلك مما هو أوسع دائره من البيع.

ثم إن ظاهر المتن التقييد بقصد الملك فى المباح دون الحفر فى الملك الذى لا يحتاج إليه، بل هو ملكه حتى لو قصد العدم، لكونه من نماء ملكه.

لكن فى المسالك «يفهم من قيد التملك الاحتياج إليه فى ملكه و فى المباح، لجعله عله لهما، و هو يتم فى المباح، أما المملوك فالأظهر أن ما يخرج منه من الماء مملوك تبعا له، كما تملك الثمره الخارجه، و ربما قيل

بعدم تملكه و إن كان أولى به، و مثله القول فى الكلأ النابت فيه بغير قصد».

و فيه منع كونه عله لهما، بل هو للمباح المتصل به، كما هو المحكى عن صريح المبسوط و السرائر، بل قد يناقش فى أصل اعتبار ذلك فى المباح، خصوصا بعد عدم ذكره فى شرائط الإحياء كما ذكرنا الكلام فيه مفصلا.

و احتمال اختصاص البئر بالشرط المزبور واضح الفساد.

نعم قد يقال: إن نظر المصنف إلى الحفر المقصود به عدم التملك الذى سيذكره، فلا دلاله فيه على اشتراط القصد، بل يكفى عنده عدم قصد العدم الذى قد عرفت البحث فيه أيضا إن لم يكن المنساق و المتيقن من الإطلاق المزبور الظاهر فى تسبيب الاحياء الملك من غير اشتراط أمر آخر كما عرفت سابقا، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

و لو حفرها فى المباح مثلا لا للتملك بل للانتفاع بها ما دام فى ذلك المكان فهو أحق بها مده مقامه عليها كما صرح به الشيخ و ابن إدريس و الفاضل و الشهيدان و الكركى على ما حكى عن بعضهم، معللين له بأنه لا ينقص عن التحجير بعد انتفاء الملك بعدم قصده للمحيى، و حينئذ فإذا تركها حل لغيره الانتفاع بها.

بل لو عاد الأول بعد المفارقه ساوى غيره على ما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافا بين من تعرض له.

لكن قد يناقش فى الأول بمنع كونه كالتحجير الذى هو الشروع فى الاحياء المملك فى الأحقيه المزبوره بعد فرض عدم قصده التملك بالاحياء بناء على اعتباره فيه، نعم قد يكون مندرجا فى «من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به» فلا يكون كحق التحجير الذى قد عرفت مخالفته لغيره فى كثير من الأحكام.

و کیف کان ف قیل و لکن لم نتحقق القائل، و لعله الشیخ باعتبار لزوم ذلک، لقوله السابق إن لم یکن أولی یجب علیه بذل الفاضل من مائها عن حاجته نعم عن موضع من التذکره لو حفر البئر و لم یقصد التملک و لا غیره فالأقوی اختصاصه به، لأنه قصد بالحفر أخذ الماء فیکون أحق، و هذا لیس له منع المحتاج عن الفاضل عنه، لا فی شرب الماشیه و لا الزرع.

و علی کل حال ففیه أن مقتضی الأصل عدم وجوب بذله أیضا بعد أن کان له فیه حق نحو حق التحجیر، ضروره کونه حینئذ کالمملوک بالنسبه إلی ذلک.

اللهم إلا أن یقال: إن ذلک لا یزید علی السبق إلی الماء المباح الذی لا یجوز له المنع عما زاد علی حاجته، لإطلاق ما دل (۱)علی أن الناس فیه شرع سواء و غیره مما سمعته سابقا، و لعله لذا ذکر فی التذکره ما سمعته، بل عنها أیضا أن الأقرب الوجوب دفعا لحاجه الغیر، لکنه کما تری، ضروره الفرق بینهما.

و کذا قیل فی ماء العین و النهر لما سمعته من الأدله السابقه، و فیه ما عرفت.

و من هنا قال المصنف لو قیل: لا یجب بذل الزائد مطلقا مع قصد التملک کان حسنا

لعموم «الناس مسلطون علی أموالهم»(۲)

و غیره، بل قد عرفت ندره المخالف، و أما مع عدم قصد التملک فقد یشکل عدم الوجوب بما عرفت بناء علی أن ذلک کالسبق إلی المباح.

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۴- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.

۲- ۲ البحار- ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

و دعوى معلوميه خلاف ذلک شرعا يمكن شهادتها على حصول الملک بذلک و إن لم يقصد الدوام، كما سمعته سابقا فى الاحياء الذى ما نحن فيه فرد منه عندهم على ما هو الظاهر من كلماتهم بل هو صريح بعضهم.

و على كل حال ف إذا فارق مفارقه إعراض فمن يسبق إليها فهو أحق بالانتفاع بها بلا خلاف بين من تعرض له و لا إشكال، بناء على سقوطه بمثل الاعراض المزبور، و إلا كان مشكلا، و أولى منه بذلک إذا لم يكن مفارقه إعراض، ضروره أنه لو كان كحق التحجير لم يسقط بمطلق المفارقه، كما هو مقتضى المتن و غيره، نعم لو كان كحق السبق إلى الماء المباح اتجه حينئذ ذلک، و لكن كان عليه وجوب بذل الزائد نحو غيره من المياه المباحه التى يكون للسابق حق فيها بقدر حاجته.

و من ذلک يظهر لک أن كلامهم فى ذلک غير منقح، لأن مقتضى السقوط بمطلق المفارقه كونه كالسبق إلى المباح، و مقتضى عدم وجوب بذل الزائد أن يكون له فيه حق كحق التحجير، و لكن قد عرفت عدم الدليل عليه، فالمتجه إن لم نقل بالملک قهرا بالحفر الذى هو فرد من الاحياء الذى سمعت البحث فيه سابقا حتى مع قصد العدم أن يكون ذلک كالسبق إلى المباح، و الله العالم.

و أما ما كان منها مباح الأصل ک مياه العيون و الآبار غير المملوكه لأحد و الغيوث فالناس فيها سواء كما تقدم سابقا.

و حينئذ ف من اغترف منها شيئا بإناء أو حازه قاصدا لتملكه فى حوضه أو مصنعه فقد ملكه بلا خلاف و لا إشكال كما عرفت الكلام فيه سابقا.

و البئر العاديه إذا طمت و ذهب ماؤها فاستخرجه انسان ملكها،

كما صرح به فى القواعد، و هو كذلك مع فرض كونها من الموات الذى يملك بالإحياء، أما إذا كانت لمسلم فينبغى أن يكون فيها البحث السابق فى الأرض الميته بعد إحياء المسلم لها.

و منه ينقدح البحث فى ملك ماء البئر فى المملوك للمسلمين من الأرض المفتوحه عنوه، و يتجه فيه عدم ملكه لها، لما عرفته من اشتراط الملك به أن لا يتعلق به حق مسلم.

بل لعل الأمر كذلك فى المعدن الباطن فيها أيضا بناء على أن إخراجه من الاحياء.

لكن قد سمعت ظهور كلام الأصحاب إن لم يكن صريحه ملكه لمحييه مطلقا، اللهم إلا أن يريدوا مع إحراز ما ذكروه سابقا من شروط الاحياء.

و أما حفر البئر فى الأرض الموقوفه للمسلمين مثلا فالمتجه عدم الملك أيضا، بل تكون لهم أيضا.

و لكن لم أجد شيئا من ذلك محررا فى كلامهم هنا، و قد تقدم جمله منه فى كتاب الغصب و غيره من الكتب السابقه.

إلا أنه ينبغى أن يعلم أن من أراد أن يسبل بئرا فى أرض مملوكه للغير أن ينقل مقدار أرضها إليه ليكون الماء له فيسبله، و فى الأرض المباحه ينوى تملكها ثم يسبله، و الله العالم.

و هنا مسائل:

[المسأله الأولى ما يقبضه النهر المملوک من الماء المباح لا يملكه الحافر]

الأولى:

ما يقبضه النهر المملوك و لو بإحيائه نهرا من الماء المباح كشط الفرات و دجله قال الشيخ فى المبسوط لا يملكه الحافر للأصل كما إذا جرى السيل إلى أرض مملوكه؛ بل الحافر أولى بمائه من غيره، لأن يده عليه و سابق إليه إلا أنه لم نجد له موافقا على ذلك إلا ما يحكى عن بعض العامه.

نعم عن أبى على اعتبار عمل ما يصلح لسده و فتحه فى تملك الماء، و لعله لتوقف صدق الحيازه التى هى فعل من أفعال المكلف المقدور له فعلا و تركا على ذلك.

لكن فيه منع واضح، ضروره صدقها بدونه، كوضوح الفرق بين الفرض و بين ماء السيل فى ملك الغير الذى لم يقصد حيازته و لو بجعل آله معده لذلك، و إنما هو نحو شبكه مثلا لصيد، و من هنا اتفق من عداه من الأصحاب ممن تعرض لذلك على الملك بذلك.

مضافا إلى

خبر إسماعيل بن الفضل (۱)المروى فى الكافى و الفقيه «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن بيع الكلأ إذا كان سيحا يعمد الرجل إلى مائه فيسوقه إلى الأرض فيسقيه الحشيش و هو الذى حفر النهر و له الماء يزرع به ما شاء، فقال: إذا كان الماء له فليزرع به ما شاء و ليبعه بما أحب»

بل و إلى غيره من النصوص السابقه فى القناه.

و حينئذ فإذا كان الحافر واحدا فلا بحث، و أما إذا كان

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۲.

فيه جماعه فان وسعهم على وجه لا- يقع بينهم تعاسر أو لم يسعهم و لكن تراضوا على المهاياه فيه ف كذلك لا بحث، و إن تعاسروا قسم بينهم بالأجزاء بأن توضع خشبه صلبه لا يحصل فيها التفاوت بمرور الأزمنه، أو صخره ذات ثقب متساويه على قدر حقوقهم فى صدر الماء على وجه لا- يكون دخول الماء فى تلك الثقوب متفاوتا، و يجرى كل منهم ساقيه لثقوبه، و يجعل الثقوب على أقلهم سهما فإذا كان لأحدهم نصفه و للآخر ثلثه و لثالث سدسه جعلت الثقوب سته، ثلاثه منها لذى النصف، و اثنان لذى الثلث، و واحد لذى السدس، و هكذا. فيصنع كل منهم حينئذ بمائه ما شاء و لو بأن يسقى به ما لم يكن له شرب من هذا النهر، لقاعده تسلط الناس على أموالها بعد كون القسمه قسمه عدل.

بل الظاهر عدم جواز رجوع أحدهم بعد استيفاء الآخر، نعم له ذلك فى المهاياه التى لا إشكال فى صحتها مع الاتفاق منهم عليها، إلا أنها غير لازمه، للأصل و غيره، فلأحدهم الرجوع قبل استيفاء الآخر نوبته و إن كان الراجع قد استوفى سابقا تمام نوبته.

و لكن قيل: يضمن له اجره مثل نصيبه من النهر للمده التى أجرى الماء فيها، لأنه لما تعذر ضبط الماء المستوفى بالكيل و الوزن امتنع إيجاب مثله و إن كان مثليا، و أولى منه قيمته فلم يبق إلا الرجوع إلى الزمان الذى استوفى فيه، فوجبت الأجره على حسبه.

إلا أنه كما ترى لا يصلح مخصصا لما دل على ضمان المثلى بمثله، و مع التعذر فقيمته و إن أدى ذلك هنا إلى الرجوع للصلح و نحوه، و الله العالم.

و كيف كان فعن الشيخ مع التعاسر قسم بينهم على سعه الضياع التى هى لهم لا على قدر عملهم و لا نفقاتهم، لعدم ملكهم الماء و إنما هم أحق به لأجل ملكهم، فلو كان لبعضهم حينئذ مأه جريب من الأرض و لآخرين ألف جريب جعل للأول جزء من أحد عشر جزء و للباقين عشره أجزاء، و قد عرفت فساد الأصل الذى بنى عليه هذا التفريع.

و من هنا قال المصنف و لو قيل: يقسم بينهم على قدر أنصبائهم من النهر الذى ستعرف أنه قدر النفقه على العمل كان حسنا بل هو الموافق للقوانين الشرعيه كما عرفت.

ثم إنه قد يظهر من قول المصنف و غيره: «ما يقبضه النهر» عدم ملك ما لو فاض ماء من هذا النهر طغيانا إلى ملك انسان على وجه يدخل فى النهر طاغيا، بل صرح الفاضل بأنه مباح مشبها له بالطائر يعشش فى ملك انسان مثلا.

و لعله لعدم ملك ذى النهر له لخروجه عن نهره، و لا لذى الملك لعدم حيازه منه له تقتضى ملكه، فهو بالنسبه إليهما خصوصا الثانى كالطائر المزبور، إذ مجرد الدخول فى الملك لا يقتضى كونه حيازه مع عدم الاستيلاء، كما هو واضح. و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا استجد جماعه نهرا فبالحفر يصيرون أولى به]

المسأله الثانيه:

إذا استجد جماعه نهرا ليملكوه فبالحفر يصيرون أولى به لأنه تحجير فإذا وصلوا منتزع الماء و مجراه على وجه إذا أريد إجراؤه فيه جرى ملكوه سواء جرى فيه الماء أو لا- بعد أن تهيأ له، فان ذلك إحياؤه و كان بينهم على قدر النفقه على عمله إذا كان قد استأجروا غيرهم على عمله فأدوا أجرتهم على السويه أو التفاوت، فإنه يكون النهر ملكا لهم على حسب نسبه النفقه، ضروره مساواتها للعمل حينئذ، و إلا فلو فرض تفاوتها كما إذا كان أجير أحدهم أزيد اجره من الآخر و لكن العمل متفقا كان المدار على العمل لا عليها و لعل إطلاق ما فى محكى المبسوط من أن ملكيه النهر على قدر النفقه منزل على ذلك أيضا، ضروره عدم مدخليه زيادتها بعد اتفاق العمل فى التفاوت فى الملكيه.

نعم هذا كله مع الاشتراك فى الحفر على وجه يكون جميع أجزاء الحفر مشتركا. أما إذا حفر كل منهم بعضه مستقلا عن الآخر فالمتجه ملك كل واحد مقدار حفره إلا أن يتعاوضوا فيجعل كل منهم من حفره قدر ما له فى حفر الآخر بعد مراعاه النسبه بين الجميع، فيكون ملك النهر حينئذ على حسبها، و يتبعه الماء الجارى فيه عندنا فى الملكيه على الأصح و فى الأحقيه على ما سمعته من الشيخ.

و كذا ما فى قواعد الفاضل «لو حفرها جماعه ملكوها على نسبه الخرج» خصوصا بعد ملاحظه كلامه فى غيرها.

بل فى محكى الحواشى عن إملائه «أن هذا مختص بما إذا اشتركوا

فی الحفر، أما لو حفر بعضهم شیئا و الآخر بعضا آخر ملک کل واحد بقدر عمله لا خرجه إذا لم یکن لصعوبه الأرض بل لتفاوت سعر الأجره» فإن مرجعه أیضا إلی ما ذکرنا، کما هو واضح.

و لو کان لإنسان رحی مثلا علی هذا النهر المملوک لغیر ذیها ففی النافع «لم یجز لصاحب النهر أن یعدل بالماء و یصرفه عنها إلا برضا صاحبها».

و لعله

للصحیح (۱)«کتب رجل إلی الفقیه (علیه السلام) فی رجل کانت له رحی علی نهر قریه و القریه لرجل أو رجلین فأراد صاحب القریه أن یسوق الماء إلی قریته فی غیر هذا النهر الذی علیه هذه الرحی و یعطل هذه الرحی إله ذلک أم لا؟ فوقع

(علیه السلام) یتقی الله عز و جل، و یعمل بالمعروف، و لا یضار أخاه المؤمن».

مؤید(۲)بقاعده نفی الضرر و الضرار.

و لکن فیه أنه مناف لقاعده تسلط الناس علی أموالهم، و دعوی ترجیحها علیها واضحه المنع، فلا بد من حمل الصحیح المزبور علی صوره وضع الرحی بحق واجب علی صاحب النهر مراعاته، کما عن ابن إدریس التصریح بتقییده بذلک جمعا بینه و بین القاعده المزبوره المعتضده بعمل الأصحاب علی وجه ترجح علی قاعده نفی الضرر و الضرار، و الله العالم.

۱- ۱ أشار إلیه فی الوسائل- الباب- ۱۵- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱ و ذکره فی التهذیب- ج ۷ ص ۱۴۶ الرقم ۶۴۷.
۲- ۲ هکذا فی النسختین الأصلیتین: المبیضه و المسوده، و الصحیح «مؤیدا».

[المسأله الثالثه إذا لم يف النهر المباح أو سيل الوادی بسقی ما عليه دفعه بدئ بالأول]

المسأله الثالثه:

إذا اجتمعت أملاک على ماء واحد مباح و لم يف ذلک النهر المباح مثلا أو سيل الوادی بسقی ما عليه دفعه و وقع فی التقدم و التأخر تشاح بدئ بالأول، و هو الذی يلی فوهته أی أصله فأطلق الماء إليه على قدر حاجته ف للزرع إلى الشراک، و للشجر إلى القدم، و للنخل إلى الساق، ثم يرسل إلى من دونه، و لا يجب إرساله قبل ذلک و لو أدى إلى تلف الأخير بلا خلاف أجده فی أصل الحكم، بل لعل الإجماع بقسميه عليه.

مضافا إلى النصوص من الطرفين، ف

من طريق العامه(۱)«أن النبی (صلى الله عليه و آله) قضى فی شرب نهر فی سيل أن للأعلى أن يسقی قبل الأسفل ثم يرسله إلى الأسفل».

و فی آخر(۲)«أنه (صلى الله عليه و آله) قضى فی السيل أن يمسک حتى يبلغ إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل».

و فی ثالث (۳)«أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير فی شراج (۴)الحره التی يسقون بها، فقال النبی (صلى الله عليه و آله): اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارک، فغضب الأنصاری، فقال: أن كان ابن عمتک،

۱- ۱ سنن البيهقی- ج ۶ ص ۱۵۴.

۲- ۲ سنن البيهقی- ج ۶ ص ۱۵۴.

۳- ۳ سنن البيهقی- ج ۶ ص ۱۵۳ و ۱۵۴.

۴- ۴ بالشين المعجمه و الجيم: جمع شرج بالإسكان، قال فی الصحاح: هو مسيل مياه الحره إلى السهل، و الحره أرض ذات حجاره سود و نخره كأنها أحرقت بالنار منه رحمه الله.

فتلون وجه رسول الله (صلی الله علیه و آله) ثم قال: یا زبیر اسق و احبس الماء حتی یصل إلی الجدر ثم أرسله».

و من طرق الخاصه خبر غیاث بن إبراهیم (۱)عن الصادق (علیه السلام) الذی رواه المشایخ الثلاثه و فی سنده ابن أبی عمیر الذی هو من أصحاب الإجماع و مراسیله کالصحیح فضلا عن مسنده قال: «قضی رسول الله (صلی الله علیه و آله) فی سیل وادی مهزور الزرع إلی الشراک و النخل إلی الکعب، ثم یرسل الماء إلی أسفل من ذلک».

و کأنه إلیه أشار

فی النهایه «قضی رسول الله (صلی الله علیه و آله) فی سیل وادی مهزور أن یحبس الأعلی علی الذی هو أسفل منه للنخل إلی الکعب، و للزرع إلی الشراک، ثم یرسل الماء إلی من هو دونه، ثم کذلک یعمل من هو دونه».

و فی الغنیه «قضی رسول الله (صلی الله علیه و آله) أن الأقرب إلی الوادی یحبس الماء للنخل إلی أن یبلغ فی أرضه إلی أول الساق، و إلی الزرع إلی أن یبلغ الشراک».

و فی محکی المبسوط «روی أصحابنا أن الأعلی یحبس إلی الساق للنخل، و للشجر

إلی القدم، و للزرع إلی الشراک» و مثله فی محکی السرائر.

و عن الفقیه بعد أن روی خبر غیاث کما سمعت

قال: و فی خبر آخر(۲)«أن للزرع إلی الشراکین و للنخل إلی الساقین».

و فی

خبر عقبه بن خالد(۳)عن الصادق (علیه السلام) «قضی رسول الله (صلی الله علیه و آله) فی شرب النخل بالسیل أن الأعلی یشرب قبل الأسفل، یترک الماء إلی الکعبین، ثم یسرح الماء إلی الأسفل الذی یلیه، و کذلک حتی تنقضی الحوائط و یفنی الماء».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۱.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۲.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب إحیاء الموات- الحدیث ۵.

إلاـ أن جميعها كما ترى متفقه على إطلاق تقديم الأعلى على الأسفل نحو إطلاق المتن و الفاضل فی جمله من كتبه، بل و المحكی عن المبسوط و السرائر و الغنيه و غيرها.

نعم قيده الشهيد فی الدروس بما إذا لم يعلم السابق فی الاحياء و إلا قدم، و تبعه عليه الكركی و ثانی الشهيدين و غيرهما.

بل فی الكفايه تعليله بأن النصوص لاـ عموم فيها بحيث تشمل هذا القسم، و فيه منع واضح، و الأولى التعليل بأن السابق فی الاحياء قد تعلق حقه بالماء قبل غيره و إن كان فی آخر النهر،

لعموم «من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به»(۱).

و دعوى التعارض بينهما من وجه يدفعها أن الرجحان لتقديم الأخير بالشهره، و لو بملاحظه كلامهم الآتی فی من أحيا أرضا على هذا الوادی بعد تعلق حق الأملاك و إن تردد فيه المصنف كما ستعرف، إلا أن المحكی عن غيره عدم مشاركته للسابقين.

و منهم من أطلق هنا، و كذا صرح أيضا بأنه لو سبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر فأحيا فی أسفله مواتا ثم أحيا فوقه مواتا آخر كان للأول السقی ثم الثانی ثم الثالث، إلى غير ذلك من كلماتهم التی تشهد على إراده ما إذا لم يعلم السابق من الإطلاق المزبور، فتأمل جيدا.

بقی الكلام فی خلو نصوصنا المرويه فی الكتب الأربعه عن الشجر بعد اتفاقها أجمع كالفتاوى على التحديد بالشراك للزرع، فلا إشكال فيه، و لكن يكفی فيه مرسل المبسوط و السرائر بعد عمل المشهور.

و أما اختلاف التحديد بالساق و الكعب للنخل فقد نزله الصدوق

۱- ۱ المستدرك- الباب- ۱- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۴ و سنن البيهقی ج ۶ ص ۱۴۲.

علی قوه الوادی و ضعفه، و أولی منه تنزیله علی إراده العظمین الناتیین المتصلین بالساق، فیکون الوصول إلیه هو الوصول إلی مبتدأ الساق، کما سمعته من الغنیه، أو علی أن وصوله إلی الکعب الذی هو العظم الناتی فی ظهر القدم یستلزم وصوله إلی ذلک.

علی أن التعبیر بالکعب قد وقع فی النافع و النهایه التی هی متون أخبار، و إلا فالمشهور التعبیر بالساق الذی هو منطبق علی ما فی أخبار العامه من التحدید بالجدر.

بل لعل خبر الزبیر(۱)مبنی علی ذلک، أی أن النبی (صلی الله علیه و آله) کان متنزلا له عن حقه، فلما وقع من الأنصاری ما وقع أمره باستیفاء تمام حقه.

بل قد یؤید ذلک أن ظاهر المسالک و غیرها أن ذلک لیس محلا للخلاف، و لذا استدل له بنصوص الکعب (۲)نعم جعل محل الخلاف عدم تعرضها للشجر و إن قال فی الریاض: «إنی لم أفهمه بعد وضوح الفرق

بین الکعب و الساق، و أنه أعلی منه بکثیر، سیما إذا أرید من الساق منتهاه أو أوسطه».

لکن فیه أنه لا مجال لاحتمال إراده منتهی الساق أو أوسطه، لصدق اسمه علی ابتدائه الذی هو متصل بالکعب العرفی الذی هو و إن کان خلاف ما ذکرناه من معناه فی کتاب الطهاره(۳)إلا أنه لا بأس بإرادته هنا لقرائن کثیره فی النصوص و الفتاوی تقتضی الجمع بذلک.

و کذا ما فیه من أنه «لم یتضح الفرق- أی علی القول المزبور-

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۵۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب إحیاء الموات.

۳- ۳ راجع ج ۲ ص ۲۱۵- ۲۲۴.

بین تحدید الشجر إلی القدم و النخل إلی الساق، لتقاربهما علی ذلک التقدیر قربا لم یکن معه الفضل محسوسا بحیث کاد یکون أحدهما عین الآخر، و علیه بنی التوجیه فی دفع الاختلاف، فلا بد من تصحیح وجه الفرق بین التحدیدین بأن یراد من الساق غیر مبدئه، و معها لم یرتفع الاختلاف لمخالفه الکعب علی أی تفسیر للساق علی هذا التقدیر» إلی آخره، فإنه لا یخفی علیک ما فیه، خصوصا بعد وضوح الفرق

بینهما بتحقق صدق القدم قبل الوصول إلی منتهی الکعب المتصل بالساق.

فلا محیص حینئذ عن العمل بمرسلی الساق المعتضدین بشهره الأصحاب و بأصالتی بقاء الحق و عدم سلطنه الأسفل علی الأعلی فی منعه عن القدر الزائد علی المجمع علیه.

و علی کل حال فالظاهر بناء الإطلاق المزبور نصا و فتوی علی استواء الأرض، و إلا فلو فرض اختلافها هبوطا و علوا ففی القواعد و جامع المقاصد و المسالک سقی کلا علی حدته، و لعله لما فی الکفایه من أنهما لو سقیا معا لزاد الماء فی المنخفضه عن الحد السائغ شرعا، فیخرج عن المنصوص، فوجب إفراد کل بالسقی توصلا إلی متابعه النص بحسب الإمکان.

و لو کانت کلها منحدره لم یقف فیها الماء کذلک ففی المسالک «سقیت بما تقتضیه العاده. و سقط اعتبار التقدیر الشرعی لتعذره» و استحسنه فی الکفایه.

قلت: قد یقال باعتبار الغایه لجمیع ما فیها و إن استلزم الزیاده فی بعضها، نحو ما لو فرض اشتمال الأرض علی زرع و شجر و نخل، و یلاحظ التقدیر بالنسبه إلی المنحدره، نعم لو احتیج سقی الأرض لغیر ذلک اعتبرت الحاجه عاده، فإن الظاهر کون التحدید المزبور فی النصوص

مراعاه لها، لا أنه تحدید تعبدی حتی لو علم زیادته علی الحاجه، و لکن لا حق للثانی إلا بعد استیفاء الأول تمام حاجته و إن أدی ذلک إلی ضرر الغیر، بل إن لم یفضل لا شی ء له بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، لأنه أحق بمقدار حاجته، بل لا حق للثانی إلا بعدها.

نعم لو تساویا فی التحاذی عن یمین النهر و شماله فالذی صرح به الفاضل و الشهیدان و الکرکی القسمه بینهما، فان تعذرت فالقرعه. نعم ذکر الشهیدان المهایاه مع الضیق، فان تعاسرا فالقرعه، و لعل ترک غیرهما المهایاه باعتبار عدم لزومها علیهما مع التعاسر، فلا یجبران علیها.

و لکن قد یناقش بأن المتجه فی المقام ما سمعته من السابق فی المعدن الذی هو باق علی الإباحه أیضا کالماء هنا، و قد أطلق الأکثر هناک القرعه، و ظاهرهم تقدیم من خرجت القرعه له فی أخذ تمام حاجته.

نعم قد سمعت ما سمعت من الکرکی و غیره، و تقدم الکلام معهم هناک، و المقام مثله، ضروره أن ذلک لیس إلا لکونهما متساویین فی الأحقیه المزبوره، إما باعتبار کونهما معا فی فوهه النهر، أو لعدم العلم بتقدم أحدهما علی الآخر، و مع فرضه و جهله فلیس إلا القرعه، لاستیفاء تمام حاجته قطعا.

و من ذلک یظهر لک النظر فیما ذکروه هنا من القسمه، و مع تعذرها فالقرعه فی التقدیم خاصه بعد فرض النقص علیهما، و فرض تعذرها یکون لعدم تمکن کل منهما من ساقیه تصل إلی ملکه أو لغیر ذلک.

قال فی القواعد بعد أن ذکرها «فان لم یفضل عن أحدهما سقی من أخرجته القرعه بقدر حقه ثم یترکه للآخر، و لیس له السقی بجمیع الماء، لمساواه الآخر له فی الاستحقاق، و القرعه تفید التقدیم بخلاف الأعلی مع الأسفل».

و معناه كما فى جامع المقاصد «أن القرعه إذا أخرجت أحدهما قدم فى السقى، و ليس له أن يسقى مقدار حاجته، لأنه يفسد زرع الآخر كله أو بعضه، بل ينظر إلى مقدار زمان السقى لهما و مقدار صبر الزرعين و عدم تطرق الفساد إليهما، و المفروض أن زمان الثانى قاصر عن زمان الأول، لأن المفروض أن الفاضل عن سقى الأول غير كاف فى سقى الثانى، فمقدار ما قصر به الزمان الثانى يوزع على كل من المالك الأول و الثانى، فيسقى الأول مقدار حقه، و هو ما يبقى بعد إسقاط حصته من التوزيع لا مقدار حاجته ثم يرسله إلى الثانى، مثاله لو كان زمان سقى الأول أعنى الذى أخرجته القرعه سته أيام و الآخر مثلها و الباقى ثمانيه أيام، فلكل منهما أربعه، و لو تفاوتا فى ذلك بأن كان زمان سقى الأول سته أيام و الآخر أربعه و مجموع المده التى لا يبقى الزرعان بعدها ثمانيه أيام فللأول ثلاثه أخماس ثمانيه أيام و للآخر خمساها، فإذا انقضت ثلاثه أخماس الثمانيه أرسل الماء الأول، و هو من أخرجته القرعه إلى الثانى، لمساواتهما فى أصل الاستحقاق، و أما قوله: و القرعه إلى آخره، فهو جواب عن سؤال مقدر، و هو أنه لا فائده فى القرعه بعد الحكم باستوائهما فى السقى، و جوابه أن فائدتها تقديم أحدهما على الآخر، و لولاها لم تتحقق ذلك، لعدم الأولويه».

قلت: لا- يخفى عليك ما فى ذلك كله، ضروره اقتضاء تساويهما فى الاستحقاق قسمه الماء بينهما، كما لو كانا مالكين، فيأخذ كل منهما نصيبه و إن لم يكف لحاجته، لا القرعه التى هى بعد تعذر القسمه ليتحقق الاشكال.

كما لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا و لاحقا من تساويهما فى حق الأولويه التى لا ترجع إلى حق فى الماء نفسه، فلا يتصور فيه القسمه، على أنه قد يفرض التضرر بابتداء أحدهما على وجه لا يمكن

فيه مراعاه التوزيع، كما أنه يمكن كون أحـدهما مقدما على الآخر فى تمام حاجته و قد أخرجته القرعه، كما هو مقتضـى إطلاق الأكثر فى المتسابقين إلى المعدن فضلا عن المقام الذى من صوره التقدم فى الاحياء مع الاشتباه.

و لو كانت أرض أحـدهم أكثر قسم على قـدرها، لأن الزائد مساو فى القرب، فيسـتحق جزء من الماء، إذ المعتبر فى قرب الأرض من المـاء جزء منهـا و إن قـل، حتى لو اتسـعت إحـداهما على جانب النهر و ضاقت الأخرى و امتـدت إلى خارج فهما متساويان، لصدق القرب بذلك.

و لو أراد أحد أن يسـتجد بناء رحى على النهر المزبور فان عارض الاملاك على وجه يحصل ضـرر عليهم أو بعضهم لم يكن له ذلـك إلاـ برضـاهم، سواء بناهـا فى ملكه أم فى الموات، و إن لم يعارض أحـدا جاز و إن كانت أعلى من الجميع، لأن لهم حق الانتفاع لا حق الملك، فلا يتوقف على إذنهم ما لا ينافى انتفاعهم.

و لو كان على النهر أرحيه متعارضه فهى كالأملاك فى تقديم ما كان منها ما يلى الفوهه إن لم يكن غيرها السابق فى الاحياء، و الله العالم.

[المسأله الرابعه لو أحيا إنسان أرضا ميته على مثل هذا الوادى لم يشارك السابقين]

المسأله الرابعه:

لو أحيا إنسان أرضا ميته على مثل هذا الوادى الذى تعلق به حق الأملاك السابقه فان لم يكن فيه تضـييق فلا منع لما عرفت و إلا لم يشارك السابقين الذين هم أولى منه بإحياء أرضـهم الذى به اسـتحقوا مرافقها، و الماء من أعظم المرافق، فلا يسـتحق إلا بعد استيفـاء الأولين، فان لم يفضل عن كفايتهم شـى ء بأن احتاج الأول إلى السـقى عنـد فراغ المتأخر رجع الحق إليه، و هكـذا، و لا شى ء لهذا المحيى أخيرا

و إن كان الأرض التى أحياها أقرب من غيرها إلى فوهه الوادى.

نعم لو لم يحتج أحد منهم قسم له مما يفضل عن كفايتهم و من ذلك يعلم الوجه فى تقييد النص و الفتوى سابقا، لأن لم أجد خلافا فيه بين من تعرض له كالشيخ و الفاضل و الكركى و غيرهم.

لكن فى المتن و فيه تردد و لم نجده لغيره، و احتمل فيه أمران:

أحدهما أن يكون الاحتمال الآخر مشاركه هذا المحيى للسابقين، بمعنى استحقاقه نوبه بعد نوبتهم كالذى قبله و إن احتاج السابق قبل أخذه النوبه، لأن النهر مباح بالأصل، و انما استحقه من سبق بسبب الاحياء، و قد شاركهم المتأخر فى ذلك، كما يشارك من قبله السابق عليه.

و فى المسالك «هذا الاحتمال يتوجه إذا قلنا بأن الأعلى يجب عليه الإرسال لمن بعده بعد سقيه و إن احتاج إليه مره أخرى، و هو وجه فى المسأله، أما إذا قلنا بأنه أولى من اللاحق مطلقا و لا حق للآخر إلا مع استغنائه فلا يظهر للاحتمال المذكور وجه، لأنه مع غناء السابقين لا إشكال فى استحقاقه، و مع حاجتهم يقدمون عليه، و فى التذكره نقل الخلاف فيما لو احتاج الأعلى بعد استيفاء حقه إلى السقى مره أخرى هل يمكن أم لا؟

ثم قوى عدم التمكين، و أنه يجب عليه الإرسال لمن بعده، محتجا ب

قول النبى (صلى الله عليه و آله) فى خبر عباده بن الصامت (۱): «و يرسل الماء إلى الأسفل حتى تنتهى الأراضى»

و قوله (صلى الله عليه و آله) فى روايه الصادق (عليه السلام)(۲): «ثم يرسل الماء إلى الأسفل»

و غيرهما من الأحاديث».

قلت: قد يقال بانسياق تلك النصوص إلى الإرسال مع استغناء

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۱۵۴ مع اختلاف يسير فى اللفظ.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من كتاب إحياء الموات- الحديث ۱.

الأول و إلا فمع فرض حاجته فهو مقدم كما فى أول الدور، لاستمرار سبب التقديم و هو كونه فى الفوهه مثلا، و حينئذ فيسقط الاحتمال المزبور الذى جعل وجها للتردد، و لذا لم نره لغيره ممن تقدمه أو تأخر عنه.

و أما الاحتمال الثانى- فهو أنه لا يصلح لهذا المتأخر مع ضيق الماء الاحياء إلا بإذن السابقين لئلا يصير ذريعه إلى منع حقهم من النهر على طول الأزمنه و اشتباه الحال، خصوصا إذا كان أقرب إلى فوهته من غيره- فهو مع أنه بعيد عن العباره واضح الفساد منطبق على أصول العامه

التى منها اعتبار أمثال هذه الخرافات دون أصولنا، ضروره أن حقهم فى النهر لا فى الموات، و عليهم ضبط الأمر على وجه لا يكون اشتباها فيما يأتى من الأزمنه، لا منع المستحق عن الأخذ بحقه مخافه حصول ذلك، كما هو واضح.

و لو احتاج هذا النهر إلى حفر و إصلاح و سد خرق و نحو ذلك فالظاهر كونه كالنهر المملوك الذى صرح فى القواعد بأنه عليهم على حسب ملكهم، فهنا أيضا على حسب استحقاقهم، نعم قد تقدم فى تزاحم الحقوق أنه لو امتنع بعض الشركاء من الإصلاح لم يجبر و إن كان لا يخلو من نظر، خصوصا مع ملاحظه قاعده نفى الضرر و الضرار، و قاعده حفظ المال، و النهى عن ضياعه.

و على كل حال ففى القواعد فى النهر المملوك أنه يشترك الكل إلى أن يصلوا إلى الأدنى من أوله أى الذى هو فى فم النهر، ثم لا شى ء عليه، و يشترك الباقون إلى أن يصلوا إلى الثانى و هكذا، و يحتمل التشريك.

و لعل وجه الأول أن نفعه ينتهى بانتهاء ملكه، و لا ملك له فيما وراء أرضه، فيختص الباقون بمئونه ما بقى على حسب استحقاقهم، نعم لو كان الماء يفضل عن جميعهم و احتاج الفاضل إلى مصرف ينصب

إليه فمئونه ذلک المصرف على جميعهم، لأنهم يشتركون فى الحاجه و الانتفاع به، فكانت مئونته عليهم كأوله، و لا ينافى ذلک انتهاء حق الأدنى عند أرضه، فاما أن يجب عليه حصه من المئونه فى الجميع أو لا يجب شى ء لما بعد ملكه على حال، فان المراد عدم لزوم مئونه الحفر لما يزيد عن ملكه عليه بعد فرض عدم توقف الحفر إلى ملكه على ذلک، أما مصرف الفاضل عن الجميع الذى يعود نفعه إليهم أجمع فلا وجه، لعدم لزومه له مع وصول النفع و الضرر إليه و عليه، كحفر أول النهر.

و لو فرض عدم ضرر و لا نفع له فيه اتجه حينئذ عدم التزامه بشى ء، اللهم إلا أن يقال به باعتبار الشركه معه، فيستحق الثانى عليه من جهتها مقدار ما يقتضيه التقسيط من جهتها و إن لم يكن لذلک دخل فى ملكه.

و لعل من ذلک يظهر لک وجه التشريک باعتبار أن ما بعد ملكه و إن لم يكن مملوكا إلا أنه من ضروريات ملكه، لأنه مصب لمائه، و هو جيد مع الفرض المزبور. و لعله لذا حكى عن الشهيد فى الحواشى اختياره.

لكن فى جامع المقاصد «أن الأول أصح، لأنه لا حق له بعد ذلک الموضع، لانحصار الاستحقاق فى الباقين».

و فيه أنه كذلک إلا أن الاشتراک المزبور يوجب عليه ذلک، كما أوجب عليه فى مصرف الماء الفاضل. اللهم إلا أن يفرض أن وضع شركته معه إلى الحد المزبور، و أنه لا مدخل له بعده فى شى ء أصلا، و لم يكن عليه ضرر و لا نفع، و هو خروج عن الفرض، فتأمل جيدا.

ثم إنه لا يتوهم من إطلاق الفاضل و غيره هنا الالتزام بالمئونه المنافاه لما تقدم من عدم إجبار أحد الشريكين الآخر على العماره باعتبار منافاه الوجوب لعدم الإجبار، إذ احتمال كون المراد منه الإثم إن لم يفعل و إن لم يجبر كما قوى، ضروره أنه متى تحقق الوجوب اتجه الإجبار، و احتمال

منعه على كل واجب واضح الضعف، إلا أن المراد هنا اللزوم بعد البناء منهم على التعمير و أداء المئونه، أو كان أحدهما غائبا و تولى أمره الحاكم مثلا- أو غير ذلك، لا- اللزوم الذى يجبر عليه الشريك مع الامتناع، أو يقال المراد أنه حيث يتحقق الوجوب بأحد أسبابه.

و حينئذ فإذا امتنع ففى جامع المقاصد «كان للحاكم التسلط على إجباره على واحد من أمور متعدده: إما الإصلاح أو البيع أو الإجاره أو القسمه إن أمكنت إلى آخر الأمور المتعدده، فكان له إجباره فى الجمله، و متعلقه واحد غير معين من متعدد، و كل واحد لا يجبر عليه بخصوصه و إن أجبر على واحد غير معين» و هو جيد، إذ المدار حينئذ على رفع ضرر الشريك، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا كان الإنسان فى يده دار أو أرض ورثها عن أبيه و يعلم أنها لم تكن ملكا و لم يعرف المالك لا يبع أصلها على حال بل فليبع تصرفه فيها]

المسأله الخامسه التى قد ذكرها المصنف فى النافع و لكن لا تعلق لها فى هذا الكتاب و هى ما رواه الشيخ فى التهذيب فى باب بيع الغرر فى

الموثق عن إسحاق ابن عمار(۱)عن عبد صالح (عليه السلام) قال: «سألته عن رجل فى يده دار ليست له و لم تزل فى يده و يد آبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم و لا يدرون لمن هى فيبيعها و يأخذ ثمنها، قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها و لا يدرى لمن هى، و لا أظنه يجى ء

لها رب أبدا، قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، قلت: فيبيع سكناها و مكانها فيقول لصاحبه أبيعك سكناى و تكون فى يدك كما هى فى يدى؟ قال: نعم يبيعها على هذا».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب عقد البيع- الحديث ۵ من كتاب التجاره.

و إليه أشار فى النهايه «إذا كان الإنسان فى يده دار أو أرض ورثها عن أبيه عن جده غير أنه يعلم أنها لم تكن ملكا و إنما كانت للغير و لم يعرف المالك لم يجز له بيعها، بل ينبغى له أن يتركها بحالها، و إن أراد بيعها فليبع تصرفه فيها، و لا يبيع أصلها على حال».

و قال ابن إدريس «يمكن أن يقال: إنما كان الأمر على ما ذكر فى هذا الحديث، و الوجه فى ذلك، و كيف يجوز له تركها فى يده و بيع ما جاز له بيعه و هو يعلم أنه لم يكن لمورثه؟! و من كان بيده شى ء و لم يعلم لمن هو فسبيله سبيل اللقطه، فبعد التعريف المشروع يملك المتصرف، فجاز أن يبيع ما له فيها، و هو التصرف الذى ذكر فى الخبر دون رقبه الأرض إذا كانت فى الأرض المفتوحه عنوه، فهذا وجه تأويل فى الخبر، و بعد هذا كله فهذه أخبار آحاد أوردها شيخنا فى نهايته لئلا يشذ من الأخبار شى ء».

و فيه أولا منع كونها من اللقطه، ضروره تعاقب الأيدى فيها على التصرف المحمول على الوجه الصحيح شرعا، و كونها لغيرهم أعم من كونها غصبا أو نحوه.

و لذا قال الفاضل بعد أن حكى ذلك عنه: «أقول: ليس بعيدا من الصواب أن يكون المراد بقوله: «فليبع تصرفه فيها» أى الآثار الموجوده من الأبنيه و السقوف، و لا يلزم من كون الدار ليست له كونها غصبا، بل جاز أن تكون عاريه، و هو الظاهر، إذ تصرف المسلم إنما يبنى فى الظاهر على المشروع» و إن كان هو غير نقى أيضا.

و فى النافع أنه يمكن تنزيله على أرض عاطله مملوكه أحياها غير المالك بإذنه، إلا أنه مع ذلك كله لا بد من تنزيل البيع فيه على بيع الآثار، أو إراده الصلح الذى يقع مثله على حق السكنى الذى يقضى به تعاقب

الأیدی بعد عدم منافاه اعتراف کونها للغیر المحتمل وجوها لذلک.

نعم قد یظهر من قول: «لا أحب» فیه بجواز(۱)بیع الرقبه و لکن علی الکراهه، و لا ریب فی منافاته للقواعد. اللهم إلا أن یرید بذلک الاستئذان منه (علیه السلام) فی البیع باعتبار کونها مجهول المالک فأجابه (علیه السلام) بذلک. لعدم إظهار الراوی الوصول إلی حد الیأس بقوله: «و لا أظن یجیئها أحد».

أما بیع السکنی المستحقه بتعاقب الأیدی بمعنی نقلها بما ینقل مثلها إن لم تحمل علی الآثار التی له فیها فلا بأس به، و لعل تنزیل الخبر المزبور علیه أولی من ذلک کله، و خصوصا ما ذکره ابن إدریس من التنزیل علی دار فی المفتوحه عنوه أو ما سمعته من المصنف.

و الغرض أنه لا ینبغی الجرأه علی مخالفه القوانین الشرعیه بالخبر المزبور خصوصا مع عدم العلم بإراده الإمام من قوله: «عبد صالح» فیه، و إن کان المتعارف منه الکاظم (علیه السلام) لکن بغیر هذه التأدیه، و وجود (علیه السلام) فی التهذیب لم یعلم کونها من الراوی، بل من المحتمل کونها من الکاتب، و الله العالم بحقیقه الحال.

و یتلوه کتاب اللقطه

۱- ۱ هکذا فی النسخه الأصلیه المبیضه و المسوده، و الصحیح« جواز».

بسم الله الرحمن الرحيم و الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين الغر الميامين.

[كتاب اللقطه]

اشاره

كتاب اللقطه بضم اللام و فتح القاف و إسكانها: المال المخصوص على ما هو المعروف بين أهل اللغه كالأصمعى و ابن الأعرابى و الفراء و أبى عبيده.

بل عن الأخير أن التحريك عليه عامه أهل العلم. بل عن الأزهرى انه قول جميع أهل اللغه و حذاق النحويين. و فى الإيضاح «أجمعت الرواه على روايه خبر زيد الجهنى (۱)بالتحريك».

و لكن مع ذلك كله ففى التذكره «عن الخليل بن أحمد أنها بالسكون للمال، و بالفتح للملتقط، كما هو فى كل ما كان على وزن «فعله» نحو «همزه» «و لمزه» و غيرهما» و من الغريب اختياره فى التنقيح مع ندرته، بل عن الأزهرى عن الليث السكون، و لم أسمعه لغيره.

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۱۸۵.

بل عن بعضـهم عـد السـكون من لحن العوام، و ذلک لأن الأصل «لقاطه» فثقلت علیهم، لکثره ما یلتقطون فی النهب و الغارات و غیر ذلک فتلعبت بها ألسنتهم اهتماما بالتخفیف فحذفوا الهاء تاره و قالوا:

«لقاط» و الألف أخری فقالوا: «لقطه» فلو اسـکن مع ذلک اجتمع علی الکلمه إعلالان، و هو مفقود فی فصـیح الکلام، و إن کان هو کمـا تری من إثبـات اللغه بالاجتهاد، علی أنه فی مقابله تصـریح الأعاظم منهم بها و إن اقتصـر علی الفتـح جماعه منهم، لکن ذلک لا یدل علی نفی السکون.

و علی کل حال فهی لغه و عرفا المال، إلا أن الفقهاء تجوزوا و أطلقوها علی ما یشـمل الآدمی الحر، و منهم من خصها بالأول، و أفرد للقیط کتابا آخر، و أما احتمال أنها حقیقه شرعیه للأعم فهو واضح الضعف، و الإطلاق فی بعض النصوص لا یقتضیه.

و الأصل فیها بعد الإجماع أو الضـروره علی مشـروعیتها فی الجمله النصوص من الطرفین التی ستمر علیک جمله منها فی الأثناء، ک

خبر زیـد ابن خالد الجهنی (۱)«جـاء رجل إلی النبی (صـلی الله علیه و آله) فسأله عن اللقطه، فقال: اعرف عفاصـها و وکاءها ثم عرفهـا سـنه، فـان جـاء صاحبهـا و إلاـ فشأنک بها، قال: فضاله الغنم، قال: هی لک أو لأخیک أو للـذئب، قال: فضاله الإبل، قال: مالک و لها، معها سقاؤها و حذاؤها،

فإنها تشرب الماء و تأکل الشجر حتی یلقاها ربها».

و صحیح الحلبی (۲)عن الصادق (علیه السلام) قال: «جاء رجل إلی النبی (صلی الله علیه و آله) فقال: یا رسول الله إنی وجدت

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۸۵.

۲- ۲ أشار إلیه فی الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ و ذکره فی التهذیب ج ۶ ص ۳۹۴- الرقم ۱۱۸۴.

شاه، فقال: هی لک أو لأخیک أو للذئب، فقال: إنی وجدت بعیرا، فقال: خفه حذاؤه و کرشه سقاؤه فلا تهجه».

و العقاض: الوعاء الذی تکون فیه النفقه من جلد أو خرقه و غیر ذلک، و الأصل فیه الجلد الذی یلبسه رأس القاروره.

و الوکاء: الخیط الذی یشد به المال، و الله العالم.

و کیف کان ف الملقوط إما إنسان و إما حیوان أو غیرهما و لکل من الثلاثه أحکام تخصه.

[القسم الأول فیما إذا کان الملقوط إنسانا]

اشاره

فالقسم الأول یسمی لقیطا و ملقوطا و إن کانا هما بمعنی واحد، لأن فعیل کجریح بمعنی مفعول و منبوذا بمعنی مطروحا، فترجع الأسماء الثلاثه إلی الأمرین باعتبار حالتیه، فإنه ینبذ أولا ثم یلتقط.

و ینحصر النظر فی هذا القسم فی ثلاثه مقاصد:

[المقصد الأول فی اللقیط]

الأول فی اللقیط و هو کما فی النافع و القواعد و التذکره و التحریر کل صبی ضائع لا کافل له حال الالتقاط، بل لا أجد خلافا فی غیر الممیز

منه، بل الإجماع بقسميه عليه.

مضافا إلى أنه المنساق مما فى النهايه «اللقيط: الطفل الـذى يؤخذ مرميا». و فى القاموس «أنه المولود ينبذ» و عن المصباح المنير «أنه غلب على المولود المنبوذ». و فى الصحاح «أنه المنبوذ».

و ربما كان هو المراد مما فى محكى الحواشى للشهيد «اللقيط: كل صبى طرحه أهله عجزا عن الصله أو خوفا من التهمه».

و على كل حال فلا يشمل شى ء منها- نحو ما سمعته من النصوص أيضا- المجنون كما فى الـدروس، و إن وافقه عليه الشهيد الثانى و الكركى و بعض متأخرى المتأخرين، بل لعل العرف أيضا يساعد عليه.

و وجوب حفظه عن التلف و إنقاذه من الهلكه كالعاقل لا يثبت له حكم الالتقاط، فيكفى فيه حينئذ إيصاله إلى الحاكم المتولى لأمره و أمر غيره ينصب له من يحفظه، فأصاله عدم جريان حكم الالتقاط حينئذ بحالها.

و حينئذ فزياده المجنون فى تعريف المصنف كما فى المسالك فى غير محله، نعم لا بأس بزياده الصبيه المعبر عنها فى النصوص (۱)باللقيطه فى مقابل اللقيط، لكن قد يريد المثال لها و للخنثى من الصبى فى المتن و غيره.

و بذلك كله ظهر لك أن قول المصنف و لا ريب فى تعلق الحكم بالتقاط الطفل غير المميز فى محله، لأنه المتيقن من النصوص (۲)و كلام أهل اللغه و جرت السيره به.

و كذا لا ريب فى سقوطه فى طرف البالغ العاقل بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الأصل و غيره و إن وجب استنقاذه من الهلكه و حفظ نفسه.

نعم فى الطفل المميز تردد من أنه مستقل بالامتناع خصوصا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۴.

إذا كان مراهقا، فلا يتولى أمره إلا الحاكم، و من حاجته إلى التربيه و التعهد و إن كان محفوظا فى نفسه.

أشبهه وفاقا لصريح الفاضل و الشهيدين و الكركى و ظاهر محكى الوسيله و الغنيه جواز التقاطه، لصغره و عجزه عن دفع ضرورته و صدق كونه لقيطا بعد أن يكون ضائعا و مرميا و منبوذا، بل لعل إطلاق الالتقاط على يوسف (عليه السلام)(۱)أقوى شاهد على ذلك، ضروره أنه كان مميزا كما يشهد له رؤياه التى قصها على أبيه قبل أن يرمى فى البئر.

بل لعل منه ينقدح النظر فى استثناء الكركى و ثانى الشهيدين المراهق منه تبعا للمحكى عن المبسوط، بل مال إليه فى الدروس، لأنه مستغن عن التعهد و التربيه، فكان كالبالغ فى حفظ نفسه.

مضافا إلى عدم منافاه ذلك لصدق اللقيط الذى به ينقطع أصاله عدم جواز التقاطه، ضروره ظهور فحوى النصوص فى جواز الالتقاط، بل فى التذكره المفروغيه من

وجوبه كفايه، و ستسمع الكلام فيه عند تعرض المصنف.

و إنما الكلام فى مشروعيه أصل الالتقاط،

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر زراره(۲): «اللقيط لا يشترى و لا يباع».

و قال (عليه السلام) فى خبر إسماعيل المدائنى (۳): «المنبوذ حر، فإن أحب أن يوالى غير الذى رباه و والاه، فان طلب منه الذى رباه النفقه و كان موسرا رد عليه، و إن كان معسرا كان ما أنفقه عليه صدقه».

و عنه (عليه السلام) أيضا فى خبر عبد الرحمن العرزمى (۴)عن

۱- ۱ سوره يوسف: ۱۲- الآيه ۱۰.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.
۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۳ عن عبد الرحمن العرزمى عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السلام كما فى الكافى ج ۵ ص ۲۲۵.

أبيه عن الباقر (عليه السلام) «المنبوذ حر، فإذا كبر فان شاء توالى الذى التقطه و إلا فليرد عليه النفقه، و ليذهب فليوال من شاء».

و قال محمد بن أحمد(۱): «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن اللقيطه فقال: لا

تباع و لا تشترى، و لكن تستخدمها بما أنفقت عليها».

و فى

صحيح ابن مسلم أو حسنه (۲)«سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن اللقيطه، فقال: حره، لا تباع و لا توهب».

إلى غير ذلك من النصوص الداله بفحواها على جواز التقاط غير الكبير الشامل للمراهق بعد فرض صدق كونه ضائعا و لا كافل له.

بل لعل ظاهر ما فى بعضها- من بقائه على حكم الالتقاط حتى يكبر فيتوالى من شاء- يقتضى ذلك بعد معلوميه إراده البلوغ من الكبير فيه و لو بقرينه المطالبه بالنفقه، و لو أن المراهق لا يلتقط لكان المناسب خروج الملتقط عن حكم الالتقاط بوصول الصبى إلى الحد المزبور لا إلى البلوغ، اللهم إلا أن يفرق بين الابتداء و الاستدامه، و هو كما ترى.

نعم لا بد من تحقق وصف كونه ضائعا فى جواز التقاطه، لكن فى المسالك «أن المصنف احترز بالضائع عن غير المنبوذ و إن لم يكن له كافل، فإنه لا يصدق عليه اسم اللقيط و إن كانت كفالته واجبه

كالضائع إلا أنه لا يسمى لقيطا» و ظاهره عدم صدق الضائع على غير المنبوذ.

و فيه منع، خصوصا بعد فتواه بجواز التقاط المميز غير المراهق.

و كأنه أخذه مما فى التذكره قال: «و قولنا: ضائع نريد به المنبوذ فان غير المنبوذ يحفظه أبوه و جده لأبيه أو وصيهما، فإذا فقد أقام القاضى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۵ و فيه « عن اللقيط فقال: حر.» كما فى الكافى ج ۵ ص ۲۲۵.

مقامها، أما المنبوذ فيشبه اللقطه، و لهذا سمى لقيطا، نعم يختص حفظه بالقاضى».

و كأنه يريد بغير المنبوذ من كان له كافل معروف، لا تخصيص اللقيط بكونه منبوذا و إن كان هو مقتضى ما سمعته فى كتب أهل اللغه إلا أن العرف يقتضى خلافه، ضروره صدقه على الضائع من أهله و إن لم ينبذوه، و النصوص و إن وجد فيها المنبوذ لكن وجد فيها اللقيط و هو أعم منه، فلا منافاه بينهما.

و على كل حال ففى المسالك أيضا «و بقوله: لا كافل له عن الضائع المعروف النسب، فإن أباه و جده و من يجب عليه حضانته مختصون بحكمه، و لا يلحقه حكم الالتقاط و إن كان ضائعا، نعم يجب على من وجده أخذه و تسليمه إلى من تجب عليه حضانته كفايه من باب الحسبه، و يجوز الاحتراز بقوله: «لا كافل له» عن الصبى الملقوط، فإنه فى يد الملتقط يصدق أن له كافلا، و مع ذلك لا يخرج عن اسم الضائع بالنسبه إلى أهله».

قلت: لعل الثانى أولى، لإمكان منع صدق الضائع على الإطلاق على معروف الأهل، فإن أول مراتب الضياع الذى يتحقق به الالتقاط كونه ضائعا على الملتقط و إن لم يكن ضائعا على أهله، كالمنبوذ الذى لا ريب فى كونه من اللقيط مع أنه غير ضائع على أهله، و إنما هو ضائع على الملتقط.

بل عن الشهيد فى الحواشى «أن اللقيط كل صبى طرحه أهله عجزا عن النفقه أو خوفا من التهمه».

و فى الإسعاد لبعض الأفاضل من الشافعيه «اللقيط عند الفقهاء اسم للطفل المنبوذ فى شارع أو مسجد و نحوهما ضائعا» و إن كان فى حصر

اللقيط بذلك ما عرفته سابقا، فلا حظ و تأمل، و ربما تسمع لذلك مؤيدا إنشاء الله تعالى، و الله العالم.

و كيف كان ف لو كان له أى الطفل و لو غير المميز أب أو جد أو أم أو غيرهم ممن يجب عليه حضانته كما فى المسالك أجبر الموجود منهم على أخذه لعدم كونه لقيطا حينئذ، ضروره وجود الكافل له، و عدم صدق كونه ضائعا عليه عرفا.

و كذا لو سبق إليه ملتقط ثم نبذه فأخذه آخر ألزم الأول أخذه لتعلق الحكم به بأخذه، و لا دليل على سقوطه عنه بنبذه.

و على كل حال فظاهر المصنف التنبيه بذلك على وجه اعتبار عدم الكفيل فى التعريف المزبور، إلا أنهم اختلفت عباراتهم فى تأديه ذلك.

ففى المتن و السالك ما عرفت، و فى التحرير كالمتن بدون ذكر الملتقط، و فى الإرشاد و اللمعه ترك الأم و زياده الوصى.

و فى الدروس «يجبر الأب و إن علا و الأم و إن تصاعدت و الملتقط» و نحوه فى الروضه مع زياده الوصى.

و فى محكى المبسوط «أن التربيه و الحضانه ولايه، و كذلك الإنفاق، و ذلك لا يكون إلا للوالد أو الجد أو الوصى أو أمين الحاكم».

و فى التذكره «قولنا: لا كافل له نريد أن لا أب له و لا جد للأب و من يقوم مقامهما، فالملتقط ممن هو فى حضانته أحد هؤلاء لا معنى لالتقاطه، نعم لو وجد فى مضيعه أخذ ليرده إلى حاضنه».

و فى القواعد «فان كان له من يجبر على نفقته أجبر على أخذه».

و فى الدروس «و لو كان له أب و إن علا أو أم و إن تصاعدت أو ملتقط سابق أجبر على أخذه».

و فی الإرشاد «و شرط الأول- أی اللقیط- الصغر و انتفاء الأب أو الجد أو الملتقط».

إلی غیر ذلک من العبارات التی لا تخلو من تشویش و إیهام لحصر الحضانه و الکفاله فی خصوص ما ذکروه، و هو مناف لما سمعته فی النکاح .

بل قد یشکل عد الوصی مع عدم المال للولد ممن له الحضانه أو علیه، کما أنه قد یشکل عدم اعتبار المتبرع بالکفاله و الحضانه و إن کان بعیدا، فإنه لا یسمی من له مثله ضائعا و لقیطا، و أولی من ذلک الأعمام و الأخوال و الأخوات و الخالات و نحوهم، و إن کان بعض العبارات المزبوره تقتضی کونه لقیطا، لعدم الکافل الشرعی، و هو کما تری.

و من ذلک کله یظهر لک أن إیکال اللقیط إلی العرف لعدم الحقیقه الشرعیه له أولی من هذه الکلمات التی لا یخفی علیک ما فیها بعد الإحاطه بما ذکرناه، و خصوصا عباره التذکره التی أطنب فی مجمع البرهان فی بیان إشکالها، و کذا عباره الإرشاد.

و التجشم لدفع بعض ما ذکرناه بإراده المثال مما ذکروه فی المقام یمکن القطع بعدمه بملاحظه إراده التقیید من المعبر بها، کقوله: «الجد للأب» مع أن الجد للأم من الحاضنین أیضا و إن لم یکن ولیا، بل الأصل فی الحضانه للأم التی ترکها بعضهم هنا.

و الحاصل أن التعریف المزبور و ما ذکروه فی بیان وجه الاحتراز فی قیوده فی غایه التشویش، و الله العالم.

و لو التقط مملوکا ذکرا أو أنثی صغیرا کان أو کبیرا مع

تحقق وصف الضیاع فیه جاز، لإطلاق ما دل (۱)علی جواز التقاط کل مال ضائع صامت أو ناطق، و خصوص الصحیح الآتی (۲)فهو حینئذ لقطه لا لقیط، لما سمعته من نصوص

الثانی (۳)التی هی صریحه فی ما لا یشمله، فلیس حینئذ إلا لقطه لا لقیطا و إن کان صغیرا منبوذا، مضافا إلی وجود حکمه مشروعیه الالتقاط فیه من خوف التلف و نحوه.

خلافا للمحکی عن المبسوط و غیره، فمنع من التقاط الکبیر، للأصل و فحوی ما ورد فی منع التقاط البعیر(۴)من عدم الخوف علیه.

و فیه- مع أنه غیر تام فی مثل الکبیر الذی لا یستقل بحفظ نفسه لجنون أو خبل أو قصور أو نحو ذلک- أن الکلام مع فرض صدق اسم الضیاع الذی یندرج به تحت موضوع لقطه المال التی أشیر إلیها فی

صحیح علی بن جعفر(۵)عن أخیه موسی «سألته عن اللقطه إذا کانت جاریه هل یحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا، إنما یحل له بیعها بما أنفق علیها».

الظاهر أو الصریح فی جواز التقاطها کبیره قابله لأن یستحل فرجها، أو أنها التقطت صغیره حتی کبرت عنده، و لکن لم تخرج بذلک عن حکم اللقطه، و القیاس علی البعیر لیس من مذهبنا مع إمکان الفرق بینهما أیضا.

کما أن الاستدلال علی المختار بالمعاونه و الإحسان عند خوف التلف- حتی أنه قال فی الروضه: «ینبغی القطع بالجواز مع ذلک»- لا یخلو من نظر، ضروره عدم ثبوت الالتقاط الذی له أحکام مخصوصه بذلک

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- و غیره من کتاب اللقطه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۸.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من کتاب اللقطه.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۸.

و إلا فنصوص رد الآبق (۱)كثيره.

فالعمده حينئذ ما ذكرناه فى قطع الأصل المزبور.

و منه يستفاد أولويه مشروعيه الالتقاط فى الصغير منه و لو كان مراهقا بعد فرض تحقق وصف الضياع، و إن كان المحكى عن الشيخ أيضا و خيره الفاضل و الشهيد فى اللمعه العدم، للعله المزبوره، لكنه واضح الضعف.

و دعوى أنه يعلم مالكه فلا يكون ضائعا يدفعها خروجها عن محل البحث، لما قد تكرر منا من أن البحث فيما تحقق فيه وصف الضياع.

كما أنه أيضا بعد تحقق كونه مملوكا يفرض ما يدل على ذلك أو العلم به، نعم لا عبره باللون و نحوه، كما هو واضح، و الله العالم.

إنما الكلام فى تملكه بعد التعريف سنه الذى قد يظهر من قول المصنف لزمه حفظه و إيصاله إلى صاحبه العدم مطلقا، كالفاضل فى الإرشاد.

و فى التحرير «و يجوز أخذ الآبق لمن وجده، فان وجد صاحبه دفعه إليه، و لو لم يجد سيده دفعه إلى إمام أو نائبه، فيحفظه لسيده أو يبيعه مع المصلحه، و ليس للملتقط بيعه و لا تملكه بعد تعريفه، لأن العبد يحفظ نفسه بنفسه، فهو كضوال الإبل».

و ظاهره العدم فى الكبير خاصه، بل صرح فى القواعد يتملك الصغير بعد التعريف، كما عن المبسوط، و قواه فى المسالك.

لكن قد يقال: إن ظاهر نفى الحل فى الصحيح (۲)المزبور و حصره فى جواز البيع بالإنفاق يقتضى عدم مشروعيه التملك مطلقا، كما صرح به فى الدروس، و لا بأس به مقيدا لما دل (۳)على أن من حكم اللقطه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۹ و ۵۰- من كتاب العتق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۸.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۸.

بعد التعریف التملک لو سلم شمولها للمفروض و عدم انسیاقها فی المال الصامت، من غیر فرق فی المملوک بین

الصغیر و الکبیر، لما عرفت من شمول الصحیح المزبور لالتقاط الکبیر و الصغیر حتی یکبر مضافا إلی الأصل.

و من الغریب احتمال بعض تملکه من غیر تعریف کالضاله، ضروره عدم دلیل علیه یخرج به عن الأصل.

و قول أحدهما (علیهما السلام) فی صحیح زراره(۱)«فی لقیطه أخذت فقال: حره لا تباع و لا تشتری، و إن کان ولد مملوک لکن من الزنا فأمسک أو بع إن أحببت، هو مملوک لک»

لا دلاله فیه علی اللقیط المملوک، و إنما هو دال علی ملک ولد الزنا من المملوک، و هو غیر ما نحن فیه، و الله العالم.

و علی کل حال ف لو أبق منه أو ضاع من غیر تفریط مع عدم نیه التملک حیث تکون له لم یضمن بلا خلاف کغیره من ملتقط المال.

و لو کان بتفریط ضمن بلا خلاف و لا إشکال.

و کذا لو اختلفا فی التفریط و لا بینه ف ان القول قول الملتقط مع یمینه للأصل و غیره.

و لو أنفق علیه باعه فی النفقه إذا تعذر علیه استیفاؤها من المالک، للصحیح المزبور(۲)الظاهر فی جواز الإنفاق و البیع فیه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹۶- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۲ من کتاب التجاره و فیه« ولد مملوک لک من الزنا» کما فی الفقیه ج ۳ ص ۸۶- الرقم ۳۲۰ و التهذیب ج ۸ ص ۲۲۸- الرقم ۸۲۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۸.

من دون استئذان الحاكم، و لعله كذلك، لأنه بجواز الالتقاط له صار أمينا شرعيا.

لكن فى المسالك «إذا التقط العبد و لم يوجد له من ينفق عليه تبرعا رفع أمره إلى الحاكم لينفق عليه أو يبيع شيئا منه فيها أو يأمره بها ليرجع، فان تعذر أنفق عليه الملتقط بنيه الرجوع إلى أن يستغرق قيمته ثم باعه فيها، و لو أمكن أن يبيعه تدريجا وجب مقدما على بيعه جمله، و حينئذ يتعذر بيعه أجمع فى النفقه، لأن الجزء الأخير لا يمكن إنفاق ثمنه عليه لصيرورته حينئذ ملكا للغير، فلا ينفق عليه الثمن الذى هو ملك الأول، بل يحفظ ثمنه لصاحبه الأصلى».

و لا يخفى عليك ما فيه من مخالفته مقتضى الصحيح المزبور(۱)بلا داع، اللهم إلا أن يكون ما تسمعه إنشاء الله فى الضاله.

على أنه قد يناقش فى ولايته على البيع للجزء الأخير مع أنه ليس فى النفقه، فينبغى أن يرجع أمره إلى الحاكم.

ثم إن الظاهر من بعضهم أن من تعذر الاستيفاء إذا لم يكن للمولى غير العبد.

و فيه إمكان منع جواز بيعه حينئذ إذا كان من مستثنيات الدين بعد عدم دليل على تعلق الدين فى رقبه العبد، بل هو من جمله ديون المولى.

و إن اعترف المولى بعتقه ففى القواعد «الوجه القبول فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع» و لعله

لعموم «إقرار العقلاء»(۲)

و حق الإنفاق إنما هو فى ذمه المولى لا فى رقبه العبد حتى يكون إقرارا فى حق الغير.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الإقرار- الحديث ۲.

نعم لو كـان إقراره بـذلك بعـد الـبيع لم يقبـل، لكونه حينئـذ إقرارا فی حق الغير، بـل و كـذا لو أقر بـالعتق مسـندا له إلی مـا قبل الإنفاق، فتكون النفقه علی

العبد، لأنه حال الإنفاق حر، كما صرح به فی جامع المقاصد.

و لكن لاـ يخلو من نظر، بـل لاـ يخلو منه الرجوع بها عليه مع فرض ثبوت العتق كـذلك و إن كان هو الأقوی كما أوضـحناه فی رجوع الوكيل علی الإنفاق إذا بان أنه أنفق بعد موت الموكل علی الزوجه المباشره لإتلاف المال، فتأمل.

هذا و فی الدروس «ليس للسيد المطالبه بثمنه، أی بعد الاعتراف بعتقه إلا أن ينكر العتق بعد ذلك، و لو ادعی رقه فصدق اللقيط المدعی فالأقرب القبول إذا كان أهلا للتصديق».

قلت: قد تقدم فی كتاب الإقرار ما يعلم منه النظر فی ذلك، و الله العالم.

[المقصد الثانی فی الملتقط]

المقصـد الثـانی فی الملتقـط و يراعی فيه البلوغ و العقـل و الحريه بلاـ خلاـف أجـده فی الأـولين بين العـامه و الخـاصه، بـل و لا إشكال، لقصورهما عن ولايه الالتقاط.

و حينئذ فلا حكم لالتقاط الصبى و إن كان مميزا مراهقا و لا المجنون و لو أدوارا حال جنونه.

و ما فى التذكره «لو كان الجنون يعتوره أدوارا أخذه الحاكم من عنده، كما لو التقطه المجنون المطبق أو الصبى» يمكن حمله على إراده أن للحاكم أخذه، لا أنه مخصوص به و إلا كان مطالبا بدليله، كما هو واضح، و عدم صدق المنبوذ عليه مع أنه لا يقتضى اختصاص الحاكم به لا ينافى صدق اللقيط، و الله العالم.

بل و لا العبد على المشهور، بل لم أتحقق فيه خلافا و إن اقتصر المصنف على اعتبار التكليف، بل فى الكفايه «أنه مما قطع به الأصحاب» بل فى مجمع البرهان «الظاهر الإجماع على ذلك» بل فى جامع المقاصد نفى الريب فيه، للأصل و لانه لا يقدر على شى ء إذ هو مشغول باستيلاء المولى على منافعه حتى أنه ورد(۱)فى التقاطه المال: أينه و أين اللقطه، و هو مشغول بخدمه سيده و اللقطه تحتاج الى تعريف سنه.

نعم لو أذن له المولى صح، كما لو أخذه المولى و دفعه إليه كما صرح به غير واحد، بل لا أجد خلافا فيه، بل و لا فى الصحه مع الإجازه أيضا، نعم فى الدروس و المسالك «فيكون فى الحقيقه هو الملتقط و العبد نائبه، فيلحقه أحكامها دون العبد».

قلت: قد يحتمل كون الولايه حينئذ للعبد بعد رفع الحجر عنه بالاذن، بل لعله أقوى و ألصق بالأدله مع كونه مأذونا لا نائبا عن السيد.

و على كل حال لا يجوز للمولى الرجوع على ما صرح به الفاضل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۱ و فيه « و ما للمملوك و اللقطه، و المملوك لا يملك من نفسه شيئا.».

و الكركى و ثانى الشهيدين.

كما أنه لا فرق بين القن و المدبر و المكاتب و لو تحرر بعضه و أم ولد، لما عرفت.

و المهاياه للمبعض بعد عدم لزومها لا تجدى كما فى جامع المقاصد و الروضه و المسالك، و إن كان قد يناقش فى ذلك و خصوصا مع فرض لزومها بصلح و نحوه، هذا كله فى الالتقاط.

أما الإنقاذ فواجب عليه بلا خلاف و لا إشكال، إلا أن ذلك لا يثبت حكم الالتقاط و إن عبر به فى الدروس و غيرها، و حينئذ فلمن كان له أهليه الالتقاط انتزاعه منه، و منهم سيده، كما هو واضح.

ثم إن ظاهر المتن و غيره، بل نسب إلى الأكثر ما صرح به الفاضل و ثانى الشهيدين و غيرهما من عدم اعتبار الرشد، فيصح التقاط السفيه، لعدم كونه تصرفا ماليا محجورا عليه فيه، فيندرج فى إطلاق الأدله.

لكن فى القواعد و الدروس استقربه، بل فى التذكره الجزم به، قال: «إنه ليس بمؤتمن عليه شرعا و إن كان عدلا» و فى جامع المقاصد «أنه لا يخلو من قوه».

قلت: لا ينبغى التأمل فى الجواز مع عدم اشتراط العداله لما عرفت، و عدم ائتمانه على ماله لا يمنع ائتمانه على حضانه الطفل الذى إن فرض وجود مال له لم يمكن منه و لا من الإنفاق عليه، و دعوى حصول الضرر على الطفل بالتفريق المزبور واضحه الفساد.

نعم لو قلنا باعتبار العداله اتجه عدم جواز التقاطه بناء على استلزام سفهه الفسق، لحرمه التبذير، و ستعرف الكلام فيها.

و على تقدير عدم اعتبارها ف هل يراعى الإسلام فى التقاط المحكوم بإسلامه؟ قيل و القائل الشيخ و جميع من تأخر

منه نعم يشترط، بـل فى مجمع البرهـان «يمكن دعوى الإجمـاع عليه» و لعله كـذلك، إذا لم أجـد فيه خلافا و إن أشـعرت عباره المصنف هنا و النافع بالتردد فيه، بل و منه تسرى إلى تلميذه الآبى.

و من الغريب مـا فى التنقيـح من أن الأصـحاب أطلقوا جواز الالتقاط من غير تقييـد، ضـروره عـدم معرفه من أطلق هنا، و إنما هو كـذلك فى المال، و الفرق بينهما فى كمال الوضوح، كوضوح الفرق بين محل البحث هنا و بين اللقيط المحكوم بكفره الذى لا خلاف- كما اعترف به غير واحـد- فى جواز التقاط الكافر له، بل عن المهـذب البارع جواز ذلك قولا واحـدا، و إن كان ظاهر التنقيح أيضا اتحاد المقامين، و هو غفله.

و مـا عن الكركى فى حاشـيه الإرشـاد- من اشتراط الإسـلام و إن لم يكن الولـد محكومـا بإسـلامه- يمكن حمله على إراده غير المحكوم بكفره، كولد الزنا من الكافرين أو المسلمين و إلا كان مخالفا للإجماع.

بـل قـد ينـاقش فى اشتراطه أيضـا على التنزيل المزبور بإطلاق الأدله السالم عن معارضه نفى السبيل (۱)الـذى هو دليل المنع فى الأول فى المتن و غيره. قال لأنه لا سبيل للكافر على الملقوط المحكوم بإسلامه ظاهرا، و لأنه لا يؤمن مخادعته عن الدين.

و دعوى أنه مولود على الفطره فيكون مسـلما واضـحه المنع، لعـدم عامل بما دل عليها على هذا الوجه، بل ظاهر حكمهم بإسـلام الطفل بالتبعيه يقتضـى خلافه، و ربما ردت باقتضائها المنع من التقاط ولد الكافر، و فيه أن التبعيه شـرعا محققه بالفراش الشرعى، لأن لكل قوم نكاحا، فالأولى ردها بما ذكرناه.

و أما التعليل الثانى فهو مناسبه لا تصلح دليلا، إذ عدم أمن المخادعه

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۱۴۱.

لا يمنع من ذلك و إن ورد نحوه فى تزويج العارفه غير العارف (۱)لكن قد عرفت فى محله أنه حكمه لا عله.

و هل اختلاف مذاهب المسلمين يقتضى بمنع التقاط ولد العارف لغير أهل مذهبه؟ لا أجد فيه تصريحا، و لكنه محتمل، و إن كان الأقوى خلافه، لما عرفت من أن احتمال الخدع حكمه لا عله و إلا لمنعت فى الفسق الذى مقتضى إطلاق الأكثر جواز الالتقاط معه.

بل لم نعرف القائل بخلافه الذى أشار إليه المصنف بقوله و لو كان الملتقط فاسقا قيل: ينتزعه الحاكم من يده و

يدفعه إلى عدل، لأن حضانته استئمان و لا أمانه للفاسق إلا ما يحكى عن المبسوط مع أن المحكى عنه و الخلاف فى التنقيح عدم الاشتراط على كراهه، نعم هو خيره الفاضل فى بعض كتبه و ولده.

و من هنا كان الأشبه أنه لا ينتزع وفاقا لصريح جماعه و ظاهر آخرين، بل فى كشف الرموز أن الفاسق يجوز له أخذه بلا خلاف عندنا، و يترك عنده من غير انضمام يد آخر إليه. خلافا لبعضهم، مع أنه لم نتحقق البعض المزبور، إذ الشيخ قد سمعت ما حكى عنه و إن كان هو أنسب منه، إذ لا معنى لانتزاع خصوص الحاكم بعد أن لم يكن له ولايه الالتقاط كالصبى و المجنون و الكافر، فكل من هو أهل لذلك يجوز التقاطه منه.

و يمكن تحصيل القطع بخلاف ذلك من السيره، مضافا إلى إطلاق الأدله الذى لا يعارضه الأصل المزبور، خصوصا بعد الاعتضاد بما عرفت على وجه لا يقدح فيه عدم عموم فى الأدله، ضروره الاكتفاء بالاندراج تحت اسم اللقيط الذى هو عنوان الحكم الشرعى، و الأصل عدم اشتراط

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ۲ من كتاب النكاح.

شی ء آخر حتی ضم ید اخری معه.

مؤیـدا ذلک کله بعـدم الخلاف فی عدم اعتبار العداله فی لقطه المال الذی هو محل الخیانه، و بأن الأصل فی المسـلم الائتمان و عدم فعل المحرم و إن کان فاسقا، و لذا ائتمنه الشارع فی أمور کثیره کالطهاره و التذکیه و غیرهما.

و مـا فی التـذکره- من الفرق بین المال و الطفل بأن لقطه الأول تکسب، لأنه یرد المال إلیه بعـد التعریف، لإمکان نیه التملک، و بـأن المقصود فی المـال حفظه، و یمکن الاسـتظهار بنصب الحاکم من یعرف، بخلاف لقطه الطفل المطلوب فیها حفظ النفس و کونه حرا، و لا یؤمن علیهما، لإمکان ترک مراعاته أو اسـتعماله فی الأمور التی یخشـی منها التلف أو یسافر به إلی بلـد لا یعرف فیه فیدعی رقیته و یبیعه- لا حاصل له، إذ هو مجرد اعتبار یمکن الجواب عنه و لو بفرض عدم ما یخشی منه ذلک.

علی أن ائتمـان الکـافر علی الکـافر لیس أولی من ائتمـان المسـلم علی المسـلم، فان کلا منهم ولی لصـنفه، نعم لو علم من قرائن الأحوال أو ظن ظنا معتـدا به عـدم ائتمان ملتقطه علیه- لکونه جندیا من أهل الفساد و نحو ذلک- اتجه المنع، هذا کله فی معلوم الفسق.

أما مستور الحال فلا یرد فیه شی ء من ذلک و إن لم یکن الأصل فیه العداله، کما هو محرر فی محله.

و دعوی لزوم توکیـل الحاکم من یراقبه معه أیضا لا دلیل علیها، و إن کان لا بأس بـذلک إذا رأی الحاکم مراقبته لیعرف أمانته، لکن بحیث لا یؤذیه کما فی الدروس.

کدعوی انتزاعه منه لو أراد السفر به مخافه دعوی استرقاقه، ضروره أن ذلک کله مجرد اعتبار لا یوافق أصول الإمامیه، فضلا عن

أن يخرج به عن إطلاق الأدله الذى يمكن دعوى ندره العادل معه، و الله العالم.

و لو التقطه بدوى لا استقرار له فى موضع التقاطه أو حضرى يريد السفر به قيل و القائل الشيخ فى المبسوط- و إن كنا لم نتحققه و خصوصا الثانى- ينتزع من يـده، لما لا يؤمن من ضـياع نسـبه فإنه إنما يطلب فى موضع التقاطه، و الوجه الجواز وفاقا للفاضل و الكركى و ثـانى الشـهيدين، بل و ظاهر أولهما و لو اقتضـى التقاطهما له استصـحابهما إياه، لإطلاق الأدله الـذى لا يفيـد بالاعتبار المزبور، مع أنه يمكن ظهور نسـبه بـذلك، لاحتمـال كونه من بلـده بعيـده، فالإطلاـق المزبور حينئـذ بحـاله، و لاـ معارض له إلا اعتبارات تناسب مذاق العامه، و إلا فالمتجه على أصولنا العمل بالإطلاق المزبور المقتضـى جواز السـفر به إذا كان مصـلحه له، و جواز استيطـان بلـد غير بلـد التقـاطه بـل و قطر غير قطره، و جواز التقاطه مسافرا إلى غير بلـد الالتقاط، بل أو إلى غير قطره أيضا، لصيروره الملتقط وليا كغيره من الأولياء من غير حجر عليه بشى ء بعد عدم ثبوت ما يقتضيه، كعدم ثبوت وجوب التعريف عليه و تطلب ما يعرف به اللقيط و نحو ذلك مما ذكروه من دون ذكر لمستنده.

و حينئذ فما عن المبسوط- من «أنه إن أراد السفر به فان كان أمينا ظاهرا و باطنا ترك فى يده، و إن كان أمينا فى الظاهر منع منه و لاـ يترك أن يحمله، لأـنه يخـاف أن يسترقه» و نحوه عن الإيضـاح، بـل فى جـامع المقاصـد ذلـك أيضـا غير أنه أبـدل الأمين بالعدل- لا يخلو من نظر، ضروره اقتضاء السيره و إطلاق الأدله تبعيه اللقيط للملتقط على نحو ما يتبعه من له حضانته من أولاده.

و بذلك كله يظهر لك ما فى جمله من العبارات من التشويش،

کـالمبسوط و التـذکره و غیرهمـا حتی الکرکی الـذی لم یشترط العـداله فی التقـاط منشـئ السـفر أو المسـافر مثلا و لو مع إراده التوجه إلی مقصـده المسـافر إلیه و لو کـان قطرا غیر قطر التقـاطه فضـلا عن کونه بلـدا غیر بلـده، مضافـا إلی الإجمـال فی اعتبار العداله ظاهرا و باطنا، و إلی غیر ذلک مما لا یخفی علیک حاله بعد الإحاطه بما ذکرناه، و الله العالم.

و لا ولاء للملتقط علیه، بل هو سائبه یتولی من شاء بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل فی المسالک نسبته إلی الأصحاب و أکثر أهل العلم، للأصل و النصوص السابقه(۱)و حصر الولاء فی المعتق ب

قوله (صلی الله علیه و آله)(۲): «إنما الولاء لمن أعتق»

فما عن بعض العامه من ثبوت الولاء له واضح الفساد، و الله العالم.

و إذا وجـد الملتقـط سـلطانا ینفـق علیه استعان به وجوبـا مع عـدم مـال للقیـط و لا متبرع بلا خلاف أجـده فیه بین القـدماء و المتأخرین.

و مـا فی المقنعه و النهـایه من التعبیر بلفـظ «ینبغی» یراد منه الوجوب کما أنه المراد مما فی محکی المبسوط «أنفق علیه السـلطان من بیت المال بلا خلاف».

قلت: و إن حکی عن أحـد وجهی الشـافعی عـدم الإنفاق منه، لأنه معـد لما لا وجه له سواه، و اللقیط یجوز أن یکون رقیقا نفقته علی سـیده أو حرا له مال، فالمتجه حینئذ إنفاق السلطان علیه منه بعنوان القرض فإن بان أنه حر لا مال له قضاه من سهم الغارمین أو غیره ممـا ینطبـق علیـه، لکنـه کمـا تری بعـد الحکـم بحریتـه و إسـلامه و فقره فی ظـاهر الشـرع و إعـداد بیت المـال لمصـالح المسلمین.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من کتاب اللقطه.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۲۹۵.

و هل يلحق بالسلطان نائب الغيبه على وجه يجب على الملتقط رفع الأمر إليه؟ لم أجد به تصريحا و لكنه محتمل.

و على كل حال ف الا- يكن سلطان كذلك و لم يوجد من ينفق عليه من الزكاه أو ما أعد لمثله أو ما كان يصح صرفه فيه استعان بالمسلمين الذين منهم الملتقط بلا خلاف أجده فيه أيضا.

و لعله لأن بذل النفقه لمثله عليهم واجب على الكفايه، لأنه دفع ضروره مع التمكن على المشهور، كما فى المسالك.

قال: «و إنما جاز الاستعانه بهم مع كونه كأحدهم لرجاء أن يوجد فيهم متبرع، إذ لا يجب عليه التبرع، فإن أنفق المتبرع و إلا كان الملتقط و غيره سواء فى الوجوب، لأنه من باب إعانه المضطر الواجبه كفايه فى جميع الأبواب».

و لكن فى المتن فيه تردد و فى المسالك «مما ذكر و من أصاله عدم الوجوب، لإمكان تأديه بالاقتراض عليه و الرجوع به مع قدرته» و فى الدروس «و توقف المحقق هنا ضعيف».

قلت: لا يخفى عليك ما فى هذا الكلام من الغبار، ضروره أنه إن كان المراد منه وجوب الإنفاق على المسلمين تبرعا أو قرضا- كما حكاه فى جامع المقاصد عن التذكره، بل فى جامع المقاصد «هو ظاهر فان الواجب على الكفايه رفع حاجه المحتاج لا التبرع»- أشكل الترتيب المزبور مع أن الملتقط من جملتهم، فلا وجه لترتب إنفاقه على التعذر.

اللهم إلا- أن يقال: إنه و إن كان من جملتهم، لكن لما لم يجب عليه التبرع كما لا يجب على المسلمين و قد رجى وجود متبرع أو متصدق لم يجز له الإنفاق بقصد الرجوع قبل اليأس، كما جزم به فى جامع المقاصد

إلا أنه كما ترى مناف لظاهر كلماتهم، خصوصا عباره المتن و ما شابهها الظاهره فى إراده التبرع.

بل ما حكاه عن التذكره لم نتحققه، و إن حكاه فى أثناء بعض وجوه الشافعيه و لم يرتضه.

بل قال فيها: «فان لم يكن فى بيت المال شى ء- إلى أن قال-:

وجب على المسلمين القيام بكفايته، و لم يجز لهم تضييعه، ثم طريقه طريق النفقه، لأنه محتاج عاجز، فأشبه الفقير الزمن و المجنون و الميت إذا لم يكن له كفن، فعلى هذا إذا قام به البعض سقط عن الباقين، فحصل الغرض به، و إن امتنعوا بأسرهم استحقوا العقاب و طالبهم الإمام، فإن امتنعوا قاتلهم، فان تعذر استقرض الامام على بيت المال و أنفق عليه، و هو قول الشافعيه، و الثانى أن طريقه طريق القرض حتى يثبت الرجوع، لأن هذا يجب دفعه لاحيائه، فأشبه المضطر يدفع إليه بالعوض، كما يبذل الطعام للمضطر بالعوض، لما تقدم من أنه يجوز أن يكون رقيقا أو يكون له مال أقرب كما تقدم، فعلى هذا إن تيسر الاقتراض استقرض و إلا قسط الامام نفقته على الموسرين من أهل البلد- إلى أن قال-: و لو احتاج الإمام إلى التقسيط على الأغنياء قسط مع إمكان الاستيعاب، و لو كثروا و تعذر التوزيع يضربها السلطان على من يراه بحسب اجتهاده، فان استووا فى نظره تخير، و المراد أغنياء تلك البلده أو القريه، و لو احتاج إلى الاستعانه بغيرهم استعان، و لو رأى المصلحه فى التناوب عليه فى الإنفاق منهم فعله».

و هو كما ترى ظاهر فى اختياره الأول مع أنه قد اشتمل على مسأله التقسيط التى أشار إليها فى الدروس.

قال: «لو احتاج الملتقط إلى الاستعانه بالمسلمين فى الإنفاق عليه

رفع أمره إلى الحاكم ليعين من يراه، إذ التوزيع غير ممكن، و القرعه إنما تكون فى المنحصر، و لا رجوع لمن يعين عليه الإنفاق، لأنه يؤدى فرضا، و ربما احتمل ذلك جمعا بين صلاحه فى الحال و حفظ مال الغير فى المال، و قد أومأ إليه الشيخ فى المبسوط، و يتوجه على قول المحقق بالاستحباب الرجوع، و يؤيده أن من يطعم الغير فى المخمصه يرجع إليه إذا أيسر، و لو قلنا بالرجوع فمحله بيت المال أو مال المنفق عليه، أيهما سبق أخذ منه».

و لكن لا يخفى عليك ما فى ذلك كله من المنافاه للترتيب المزبور، و من عدم الانطباق على أصول الإماميه التى منها عدم القول بغير دليل، و كثير من الأحكام المزبوره لا دليل عليها، بل فيها ما ينافيه.

مضافا إلى ظهور كثير منها إن لم تكن صريحه فى كونها على مذاق العامه، كمقاتله الامام للمسلمين مع امتناعهم، و وجوب الكفن على الناس و الرجوع بها على القريب الذى لم تجب عليه إلا من حيث الصله، فلا تكون دينا إلا أن يجعلها الحاكم كذلك، إلى غير ذلك مما هو مناف لأصولنا.

هذا كله إن أريد وجوب الإنفاق على الوجه المزبور، و حينئذ ما ذكره فى الدروس من ضعف التردد فيه فى محله، ضروره اقتضاء عدم وجوبه تلف النفس المحترمه. و إن أريد به البذل التبرعى كان التردد فيه فى محله، و دعوى ضعفه ضعيفه، لعدم دليل يقتضى وجوب الإنفاق على جهه عدم الرجوع فى غير الأرحام على الوجه الذى سمعته فى كتاب النكاح.

لكن عليه ينبغى حينئذ تقييد رجوع إنفاق الملتقط بما ينفقه بما إذا لم يتمكن من التبرع و إلا وجب، لأنه من المسلمين، و لم نجد فى كلام

أحد منهم إشاره إلى ذلک، و هو من جمله الغبار فى كلامهم.

مضافا إلى الإجمال فى ما ذكروه من الاستعانه بالمسلمين، فإذا آيس جاز له الإنفاق الذى يرجع به، إذ لا يعلم إراده المسلمين أجمعهم أو بعضهم فى خصوص القريه و البلد أو مطلقا.

بل فيه شى ء آخر: و هو أنه مع فرض وجوب ذلک عليهم يتجه إجبار الإمام لهم و لو الملتقط.

بل لا يخفى عليک بعد الإحاطه بما ذكرناه أن ما سمعته من المسالک أشده غبارا، حيث لم يبين الحال أن الواجب على المسلمين التبرع فى النفقه أو الإقراض، فإن كلامه مختلف فى ذلک و إن تبعه عليه فى الرياض.

و خلاصه الكلام أنه لا يتم ما ذكروه من وجوب الاستعانه بالسلطان ثم بالمسلمين إلا على دعوى وجوب ذلک تبرعا عليهم، و هما معا محل منع؛ إذ لا دليل على وجوب الإنفاق على مجهول الحال على جهه التبرع، و وجوب حفظ النفس أعم من ذلک، كما أنه لا دليل على وجوب السعى فى تحصيل المتبرع على الملتقط حتى يتجه ما ذكروه من الرجوع إلى المسلمين، لاحتمال حصول متبرع.

و لعله لذلک عبر فى المقنعه و النهايه بلفظ «ينبغى» مشعرا بالندب.

قال فى الأول: «إذا لقط المسلم لقيطا فهو حر غير مملوک، و ينبغى له أن يرفع خبره إلى سلطان الإسلام ليطلق النفقه عليه من بيت المال، فان لم يوجد سلطان ينفق عليه استعان واجده بالمسلمين فى النفقه، فان لم يجد من يعينه على ذلک أنفق عليه، و كان له الرجوع بنفقته عليه إذا بلغ و أيسر إلا أن يتبرع بما أنفقه عليه» إلى آخره، و بعين هذه العباره عبر فى النهايه.

و فى الوسيله «إذا التقط حرا صغيرا رفع خبره إلى الحاكم لينفق

علیه. فان لم یجد أنفق هو علیه إن لم یعنه أحد، فإذا بلغ و أیسر رجع علیه إن شاء».

و فی الغنیه «و إذا تبرع ملتقطه بالإنفاق علیه لم یرجع بشی ء إذا بلغ و أیسر، و إذا لم یرد التبرع و لم یجد من یعینه علی الإنفاق من سلطان أو غیره فأنفق للضروره جاز له الرجوع».

و بالجمله کلماتهم فی تأدیه هذا المعنی فی غایه التشویش. فإن عباره المتن غیر ظاهره فی وجوب الرفع إلی السلطان، نعم یمکن دعوی الإجماع علی أنه لا رجوع للملتقط بما أنفق و إن نوی الرجوع مع وجود المتبرع من سلطان أو غیره، لا أنه یجب علی الملتقط تحصیله حتی ییأس، و لا أنه یجب علی الإمام أو علی المسلمین الإنفاق التبرعی، و علی فرضه کانوا مطالبین بدلیله.

بل ظاهر خبر المدائنی (۱)و خبر محمد بن أحمد(۲)جواز إنفاق الملتقط و الرجوع بما أنفق إن شاء من دون رجوع إلی سلطان أو مسلمین، و هو الموافق للضوابط بعد عدم دلیل یدل علی وجوب الإنفاق التبرعی علی أحد، و هذا هو التحقیق فی المسأله، و الله العالم و الهادی.

و کیف کان فقد قالوا تفریعا علی ما سمعته منهم فان تعذر الأمران أنفق علیه الملتقط، و رجع بما أنفق إذا أیسر اللقیط إذا نوی الرجوع بلا خلاف أجده إلا ما یحکی عن الحلی، للأصل المقطوع بما سمعته من الخبرین (۳)المعتضدین بعمل الأصحاب و قاعده «لا ضرر و لا ضرار» المقتضیه لوجوب ذلک علیه، لکن لا علی وجه المجانیه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من کتاب اللقطه الحدیث ۲ و ۴.

بل ليس فى الخبرين المزبورين اعتبار نيه الرجوع، نعم الإجماع و السيره القطعيه بل الضروره على عدم الرجوع مع نيه التبرع، أما إذا لم ينو شيئا منهما فقاعده اليد و الإتلاف و إطلاق الخبرين يقضى بجواز رجوعه أيضا، بل هو مقتضى ما سمعته من المقنعه و غيرها من اعتبار التبرع فى عدم الرجوع، و لعله مراد الجميع و إن قصرت العباره.

هذا و فى المسالك «لو أنفق عليه حينئذ غير الملتقط بنيه الرجوع فكذلك على الأقوى، لاشتراك الجميع فى المقتضى».

و كأنه أخذه مما فى جامع المقاصد، قال فى شرح نحو عباره المتن:

«ينبغى أن يراد أنه إذا تعذرت إعانه المسلمين تبرعا، لأنهم إذا بذلوا النفقه قرضا لم يكن بينهم و بين الملتقط فرق بالنسبه إلى مصلحه اللقيط، فلا وجه لتوقف إنفاقه قرضا» و هو مبنى على ما ذكروه سابقا من كون وجوب الإنفاق على المسلمين تبرعا أو قرضا، و قد عرفت ما فيه بخلاف ما سمعته من المسالك الظاهر فى إراده الإنفاق التبرعى.

و حينئذ يمكن أن يقال: إن الملتقط باعتبار ولايته عليه جاز له الإنفاق بنيه الرجوع، للخبرين المزبورين، أما غيره فلا دليل على ذلك فى حقه، كما هو واضح.

ثم إن الظاهر عدم اعتبار الاجتهاد كما صرح به غير واحد، لإطلاق الخبرين و إن توقف إثبات ذلك من دون يمين عليه.

خلافا للمحكى عن التذكره أو ظاهرها فاعتبره، لأنه مع عدم الحاكم قائم مقام إذنه، و هو كما ترى اجتهاد فى مقابله الإطلاق المزبور، و كذا ما فى جامع المقاصد من أن ذلك- أى الاكتفاء بنيه الرجوع- إذا تعذر عليه الاستئذان، و إلا تعين، إذ هو كما ترى أيضا.

و على كل حال فلا خلاف أجده فى أنه لو أنفق مع

إمكـان الاسـتعانه بغيره تبرعـا أو تبرع هو لم يرجع بـل قـد عرفت كونه فى الأـخير من القطعيـات، أمـا الأول فإنه و إن كان منافيا للإطلاق المزبور إلا أنه بعد انسياقه إلى غيره و فتوى الأصحاب يضعف الاعتماد عليه.

ثم إن ظاهر الفاضل فى القواعد إتيان التفصيل المزبور بتمامه فى العبد الملتقط، بل فى جامع المقاصد أنه هو مقتضى كلامهم.

و فيه أن كلامهم ظاهر أو صـريح فى نفقه الحر لا العبد الذى هو مال، كالدابه التى يمكن الإنفاق عليها منها، كما عساه يشـهد له فى الجمله ما تقدم فى الوديعه.

ثم إن ظـاهر خبر المـدائنى (۱)كـون النفقه صـدقه مع الإعسـار، إلاـ أنى لم أجـد عاملاـ به، فيمكن أن يراد به جواز جعـل ذلك صـدقه، لاـ أنه يكون كـذلك قهرا، أو يراد به جواز احتسـابه صـدقه، أى زكـاه من سـهم الفقراء أو الغـارمين، كمـا صـرح به فى القواعد.

لكن فى جامع المقاصـد بعد أن فهم من عباره الفاضل ثبوت ذلك جزما قال: «و يشـكل فى سـهم الفقراء بأن قبض الفقير الزكاه مما يتوقف عليه الملك، و هو نوع اكتساب، فلا يجب لما قلناه، و يبعـد جواز أخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط، لتوقف ملكه له على قبضه، نعم يتصور ذلك فى سـهم الغارمين، لأن صـيرورته ملكا للمديون غير شرط، فيجوز الدفع إلى صاحب الدين و إن لم يقبضه المديون».

و فيه أنه لاـ يتم لو كـانت الزكـاه له، ضـروره جواز احتسابها عليه من سـهم الفقراء و إن لم يرض، لكونه أحـد أموال المالك، و الفرض

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

أنه مقبوض كما تقدم فی كتاب الزكاه(۱).

بل من التأمل فيما ذكرنا هناك و هنا يظهر لك النظر فيما فيه أيضا قال: «و لا يخفى أن هذا الحكم إنما هو بعد بلوغه، أما قبله فلا يمكن الرجوع عليه، نعم يمكن الأخذ من ماله باذن الحاكم و من سهم الغارمين».

ضروره إمكان الاحتساب عليه أيضا بعد أن كان مديونا، و الله العالم و الهادی.

[المقصد الثالث فی أحكامه]

[مسائل]

[المسأله الأولى أخذ اللقيط واجب على الكفايه]

المسأله الأولى قال الشيخ (رحمه الله): أخذ اللقيط واجب على الكفايه و تبعه الفاضل و الشهيد و غيرهما، بل فی المسالك و غيرها نسبته إلى الأكثر، بل فی الأول نسبته أيضا إلى معظم الأصحاب، بل فی غيره نسبته إلى الشهره و إن كنا لم نتحققه لأنه تعاون على البر، و لأنه دفع لضروره المضطر و لكن فی الأول «أن الأمر

به للندب و إلا لزم أكثريه الخارج من الداخل لو قيل بالتخصيص».

۱- ۱ راجع ج ۱۵ ص ۴۶۶.

و فی الثانی «منع کون الالتقاط کـذلک مطلقا علی أن البحث فی التقاطه لا فی حفظه من التلف الـذی هو أعم من الالتقاط، نعم هو راجح عقلا و نقلا، لکونه إحسانا».

و لعله من ذلک قال المصنف هنا و فی النافع الوجه الاستحباب للأصل، و فی اللمعه التفصیل بالوجوب مع الخوف علی النفس و الاستحباب مع عدمه، و استوجهه فی المسالک و غیرها.

و ربما نوقش بعدم تحقق صوره للندب، لکون الطفل فی محل التلف، و منه یظهر الإشکال فی الأول أیضا.

و لکن فیه أنه یمکن خصوصا فی الطفل الممیز بناء علی صحه التقاطه.

نعم قد یناقش بأن الکلام فی الالتقاط من حیث کونه کذلک، لا فیما إذا توقف علیه حفظ النفس، فإنه لا کلام فی وجوبه حینئذ مقدمه لحفظ النفس المحترمه المعلوم وجوبه ضروره.

فـالتحقیق وجوبه فی صوره التوقف خـاصه، و إلا فقـد یجب الحفظ من دون التقاط، کما أنه قـد لا یخشـی التلف علیه علی وجه یجب علیه الحفظ، فلا یجبان معا حینئذ و لکن لا بأس برجحانهما للإحسان.

ثم إنه یجب علی الملتقـط الحضانه بالمعروف، و هو القیام بتعهـده علی وجه المصـلحه بنفسه أو زوجته أو غیرهما علی حسب ما یجب علیه لولده مثلا، فقد یکون إخراجه من البلد أصلح من بقائه و بالعکس، بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، و ربما کان فی النصوص المزبوره نوع إشعار به نعم إن عجز سلمه إلی القاضی الذی هو و لی مثله بلا خلاف أجده فیه.

و هل له ذلک مع عدم العجز؟ فی القواعد نظر ینشأ من شروعه فی فرض کفایه، فلزمه أی الإتمام، للنهی عن إبطال العمل (۱).

۱- ۱ سوره محمد ص: ۳۷- الآیه ۳۳.

و فیه منع ذلک علی وجه الکلیه، و الآیه قدمنا فی کتاب الصلاه(۱)عدم سوقها لبیان ذلک، نعم استصحاب حق الحفظ ثابت علیه، و لذا کان خیره الفخر و الکرکی الوجوب.

خلافا للفاضل فی التذکره، فالجواز للأصل المقطوع بما عرفت، و لأنه ولی الضائع، و هو ممنوع بعد ولایه الملتقط علیه، و الله العالم.

[المسأله الثانیه اللقیط یملک کالکبیر]

المسأله الثانیه:

اللقیط بعد الحکم بحریته یملک کالکبیر، و یده داله علی الملک کید البالغ، لأن له أهلیه الملک و التملک کما صرح به الشیخ و الفاضلان و الشهیدان و الکرکی و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم، بل لا أجد فیه خلافا بین من تعرض له، بل عن المبسوط نفی الخلاف فیه.

و حینئذ فإذا وجد علیه حال الالتقاط أو علم أنه کان علیه ثم زال بریح أو نحوها ثوب مثلا قضی له به، و کذا ما یوجد تحته أو فوقه من فراش أو غطاء أو غیرهما و کذا ما یکون مشدودا فی ثیابه أو فی جیبه أو مشدودا علیه.

بل و کذا لو کان علی دابه أو علی جمل أو وجد فی خیمه أو فسطاط قضی له بذلک و بما فی الخیمه و الفسطاط فان ید کل شی ء بحسب حاله و کذا لو وجد فی دار لا مالک لها (۱۱) غیره ظاهرا.

إلا أن ذلک لا یخلو من نظر إن لم یکن إجماعا- سیما إذا کان

۱- ۱ راجع ج ۱۱ ص ۱۲۳- ۱۲۴.

الطفل غير مميز و لا فعل اختيارى له، و كان الفعل لغيره- بأنه لا دليل يدل على الحكم بالملك بمثل اليد المزبوره بعد سلب الشارع أفعال الصبى و المجنون و أقوالهما فضلا عما علم أنه من فعل الغير و أن الاستيلاء المزبور للطفل كان بواسطه فعل آخر، و احتمال الاستناد فى الملك إلى يد الواضع على وجه يقتضى كونه ملكا له يدفعها منع دلالته على الملك عرفا و شرعا بعد احتمال البذل له.

نعم إن تم ذلك إجماعا على وجه يكون الحكم بالملك تعبدا فذاك و إلا كان محلا للنظر.

و أولى من ذلك النظر فيما يوجد بين يديه أو إلى جانبيه الذى قال المصنف فيه تردد، أشبهه أنه لا يقضى له به و تبعه الفاضل و الكركى و الشهيدان.

و فى محكى المبسوط «و أما ما كان قريبا منه مثل أن يكون بين يديه صره فهل يحكم بأن يده عليها أم لا؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما لا تكون يده عليه، لأن اليد يدان يد مشاهده و يد حكميه، و هى ما يكون فى بيته و بتصرفه، و هذا ليس بأحدهما، و الوجه الثانى أن تكون يده عليه، لأن العاده جرت بأن ما بين يديه يكون له، مثل الإناء بين يدى الصراف و الميزان و غيرهما».

قلت: كأن الشيخ أشار بذلك إلى مساواه يد الصغير ليد الكبير التى صرح بها فى أول كلامه كالمصنف، و لا ريب فى الحكم بأن الأمتعه الموضوعه فى السوق قرب الشخص البالغ له، فكذا هنا، خصوصا مع انضمام قرينه أخرى إلى ذلك، كما لو وجدت رقعه معه أو فى ثيابه فيها أن ذلك له.

بل عن الفاضل فى التذكره أنه استقرب الحكم بأنه له معها،

لأنها فى الدلاله على ذلک أقوى من الوضع تحته، بل و كذا لو أرشدت الرقعه إلى دفين تحته.

و فى المسالک «الأقوى عدم الحكم به له بذلک إلا مع القرينه القويه الموجبه للظن الغالب، بأن كانت الرقعه بخط مسكون إليه و نحو ذلک».

و قد سبقه إلى ذلک الكركى، فإنه قال فى شرح قول الفاضل فى القواعد: «و لا يحكم له بما يوجد قريبا منه أو ما بين يديه أو على دكه هو عليها و لا- بالكنز تحته، و إن كان معه رقعه أنه له على إشكال» بعد أن استظهر رجوع الإشكال إلى الجميع قال: «الأصح أنه إن أثمرت الكتابه ظنا قويا كالصک الذى تشهد القرائن بصحته خصوصا إن عرف فيه خط من يوثق به عمل بها، فانا نجوز العمل بالأمور الدينيه بخط الفقيه إذا أمن تزويره، و إنما يستمر الظن القوى، هذا إذا لم يكن له معارض من يد أخرى و لا دعوى مدع و لا قرينه أخرى تشهد بخلاف ذلک، و إلا فلا».

بل قال أيضا: «لا يشترط فى الحكم كون الرقعه معه، بل لو كانت فى المتاع أو كان مكتوبا عليه لا تفاوت».

و سبقهما معا الشهيد فى الدروس قال: «لا يقضى بما قاربه مما لا يد له عليه، و لا هو بحكم يده، إلا أن تكون هناک أماره قويه كالكتابه عليه، فان العمل بها قوى».

قلت: لا يخفى عليک ما فى ذلک كله من الإشكال، ضروره عدم اعتبار مثل هذه الأمارات بعد أن لم يكن صاحب يد يحكم بها له تعبدا، و دعوى إثبات اليد أو الملكيه بمثل هذه الأمارات الظنيه لا نعرف لها وجها على أن دعوى المدعى بعد فرض ثبوت اليد أو الملک بنحو ذلک لا تجدى، و لا إجماع فى المقام قطعا، و قياس ما نحن فيه على الأحكام الدينيه المنحصر طريقها الآن بالكتابات كما ترى، و قد ذكرنا فى كتاب القضاء حكم الكتابه

فی مثله، فلا حظ و تأمل، و الله العالم و الهادی.

و كذا يظهر لك البحث لو كان اللقيط على دكه مثلا- و عليها متاع و نحوه، بل فى المتن عدم القضاء له هنا أوضح و إن لم يتضح لنا وجه الأوضحيه مما كان بين يديه و فى جنبه، اللهم إلا أن يفرض كون الدكه له لا فى أرض مباحه.

و أما قوله خصوصا إذا كان هناك يد متصرفه فإنه لا يخص ذلك، بل هو كذلك فيما تقدمه أيضا، كما هو واضح.

و أما الكنز تحت الأرض الملقى عليها فلا إشكال فى عدم يد له عليه إذا كانت مباحه، نعم لو كانت ملكه اتجه الحكم بكونه له بناء على ما عرفت.

و لو كان الصبى مميزا فادعى أن ما بجانبيه و بين يديه أو الكنز الذى تحته أو على الدكه ملكه فالمتجه بمقتضى الضوابط الشرعيه عدم ثبوت ذلك بقوله الذى لا دليل على صحته، و لعل من اعتبر الامارات السابقه يعتمد مثل ذلك.

هذا و فى القواعد «نفقته فى ماله، و هو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو أوصى لهم، و يقبله القاضى» و نحوه فى الدروس. و فى التحرير التعبير بما وقف عليه أو أوصى له به، و قبله الحاكم أو وهب له.

لكن فى التذكره «ينقسم مال اللقيط إلى ما يستحقه لعموم كونه لقيطا و إلى ما يستحقه بخصوصه، فالأول مثل الحاصل من الوقوف على اللقطاء أو الوصيه، و قال بعض الشافعيه أو ما وهب لهم ثم اعترض عليه بأن الهبه لا- تصح لغير معين- و قال آخرون:، يجوز أن تنزل الجهه العامه منزله المسجد حتى يكون تمليكها بالهبه كما يجوز الوقف، و حينئذ و يقبله القاضى، و ليس بشى ء، نعم تصح الوصيه لهم».

و من هنا قال فی جامع المقاصد: «ما ذکره فی التذکره حق، و هو المعتمد، و ما ذکره هنا إن أراد جواز الهبه للجهه فلیس بجید، و إن أراد لمعینین من اللقطاء و من جملتهم لقیط مخصوص فلا شبهه فی الحکم، لکن المتبادر غیر هذا».

قلت: قد ینافیه ما حکی عنه فی کتاب الهبه من أنه لا مانع من العموم مع قبول الحاکم، کالوقف علی الجهات العامه، و إن کان فیه منع التشبیه المزبور بعد ثبوت العموم فیه و فی الوصیه دون الهبه، و الأصل یقتضی العدم بعد الشک إن لم یکن الظن أو القطع بعدم تناول إطلاقها لمثل ذلک، کإطلاق البیع و الصلح و الإجاره و نحوها من العقود الظاهر فی غیر الفرض.

نعم لو کان مال موصی به مثلا للتجاره به لهم أو نماء وقف کذلک صح، لکونه من توابع الوقف و الوصیه المعلوم جوازهما کذلک، بخلاف تملیک الجهه ابتداء، و یمکن حمل عباره الفاضل فی القواعد و غیره علی إراده إباحه الصرف للقطاء من الهبه، و الله العالم.

[المسأله الثالثه لا یجب عندنا الاشهاد عند أخذ اللقیط]

المسأله الثالثه:

لا یجب عندنا الاشهاد عند أخذ اللقیط کما فی جامع المقاصد مشعرا بالإجماع علیه، کنسبته إلی الأصحاب فی الکفایه، بل فی المسالک هذا موضع وفاق عندنا، للأصل و لأنه أمانه، فهو کالاستیداع الذی لا یجب فیه الاشهاد.

خلافا لبعض العامه فأوجبه للاحتیاج إلیه فی حفظ الحریه و النسب کالنکاح، و هو کما تری فی جهه الشبه و فی حکم المشبه به.

نعم فی الدروس و جامع المقاصد و المسالک «أنه مستحب، لأنه أقرب إلی حفظه و حریته، فإن اللقطه یشیع أمرها بالتعریف، و لا تعریف فی اللقیط» و لا بأس به بعد التسامح به.

بل فی الأخیر «و یتأکد استحبابه فی جانب الفاسق و المعسر» و لا بأس به أیضا لما عرفت.

و إذا أشهد فلیشهد علی اللقیط و ما معه، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا کان للمنبوذ مال افتقر الملتقط فی الإنفاق علیه إلی إذن الحاکم]

المسأله الرابعه:

إذا کان للمنبوذ مال افتقر الملتقط فی الإنفاق علیه إلی إذن الحاکم بلا خلاف أجده فیه بین من تعرض له، کالشیخ و الفاضلین و الشهیدین علی ما حکی عن الأول منهم، بل فی الکفایه هو المعروف من مذهبهم لأنه لا ولایه له فی ماله للأصل و غیره و إن کان له حضانته و تربیته.

و حینئذ فإن بادر فأنفق علیه منه ضمن کما صرح به غیر واحد أیضا لأنه تصرف فی مال الغیر لا لضروره لأن الفرض إمکان الاستئذان من الحاکم الذی هو الولی و من هنا لم تکن ضروره.

نعم لو تعذر الحاکم و وکیله جاز الإنفاق و لا ضمان کما عن الشیخ و غیره التصریح به أیضا لتحقق الضروره حینئذ.

لکن قد یناقش بمنافاته لما ذکروه سابقا فی الأولیاء الذین منهم عدول المؤمنین مع تعذر الحاکم، فیتجه حینئذ مراعاه تعذرهم کالحاکم و إن کان الملتقط منهم أیضا.

هـذا و فی القواعـد «و لا۔ یفتقر فی احتفاظه أی المال إلی الاذن» و فیه منع ذلک بعـد عـدم الولایه له علی المال، و دعوی تنزیل ذلـک علی ولا۔یه التصـرف دون الحفـظ الـذی هو دون حفـظ النفس المعلوم ولا۔یته علیه فکـان أولی من الحـاکم لا ترجع إلی حاصل ینطبق علی أصولنا.

و من هنا قال فی التـذکره: «الأقرب عنـدی أن الملتقط لا یسـتولی حفظه، بل یحتاج إلی إذن الحاکم، لأن إثبات الیـد علی المال إنما یکون بولایه أما خاصه أو عامه، و لا ولایه للملتقط، و لهذا أوجبنا الرجوع إلی الحاکم فی الإنفاق» و الله العالم.

[المسأله الخامسه الملقوط فی دار الإسلام یحکم بإسلامه]

المسأله الخامسه:

الملقوط فی دار الإسـلام یحکم بإسـلامه و لو ملکهـا أهـل الکفر إذا کان فیها مسـلم، نظرا إلی الاحتمال و إن بعـد، تغلیبا لحکم الإسلام الذی یعلو و لا یعلی علیه.

و إن لم یکن فیها مسـلم فهو رق، و کذا إن وجد فی دار الحرب (الشـرک خ ل) و لا مستوطن هناک من المسلمین و ذلک لأن الإسلام إما أن یحصل مباشره أو تبعا، فالأول من البالغ العاقل بأن یظهره بالشهادتین إن لم یکن أخرس و إلا فبالاشاره المفهمه.

و ما عن خلاف الشـیخ- من الحکم بإسـلام المراهق، فان ارتـد بعـد ذلک حکم بارتداده، و إن لم یتب قتل، بل فی الدروس أنه قریب- مناف لمعلومیه اعتبار البلوغ فی التکلیف نصا(۱)و فتوی، و سلب عبارته و فعله قبله إلا ما خرج بالدلیل کوصیته.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات.

و ما أرسله فی الخلاف- من روایه أصحابنا

(۱)أن الصبی إذا بلغ عشرا أقیمت علیه الحدود التامه و اقتص منه و تنفذ وصیته و عتقه

- لا جابر له، بل أعرض عنه الأصحاب،

کالمرسل (۲)عنه «کل مولود یولد علی الفطره حتی یکون أبواه هما اللذان یهودانه و ینصرانه و یمجسانه حتی یعبر عنه بلسانه فاما شاکرا و إما کفورا»

مضافا إلی إجمال دلالته.

و أما قبول إسلام علی (علیه السلام) قبل البلوغ فهو من خواصه و خواص أولاده المعصومین (علیهم السلام) و أمثالهم، کیحیی و عیسی (علیهما السلام) و الحجه صاحب الأمر روحی له الفداء.

و من الغریب ما فی مجمع البرهان «من أن الحکم بإسلام غیر المراهق غیر بعید،

لعموم «من قال: لا إله إلا الله محمد رسول الله فهو مسلم»

و «قاتلوهم حتی یقولوا: لا إله إلا الله»

و أمثاله کثیره، و أنهم إذا قدروا علی الاستدلال و فهموا أدله وجود الواجب و التوحید و ما یتوقف علیه وجوب المعرفه و النظر یمکن أن یجب علیهم ذلک، لأن دلیل وجوب المعرفه عقلی، و لا استثناء

فی الأدله العقلیه، فلا یبعد تکلیفهم، بل یمکن أن یجب ذلک، و إذا وجب صح، کما أنه یلزم من صحته وجوبه- ثم حکی عن بعض العلماء التصریح بأن الواجبات الأصولیه العقلیه تجب علی الطفل قبل بلوغه دون الفرعیه- و الظاهر أن ضابطه القدره علی الفهم و الاستدلال علی وجه مقنع».

إذ لا یخفی علیک ما فیه من کونه کالاجتهاد فی مقابله المقطوع به

۱- ۱ الخلاف ج ۲ ص ۲۷.

۲- ۲ الخلاف ج ۲ ص ۲۷.

نصا(۱)و فتوى من رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ، و لعلنا نقول بلزوم الإقرار عليه مع فرض وصوله إلى الواقع، إلا أن ذلك لا ينافى عدم جريان الأحكام عليه، و ليس فيه تخصيص للدليل العقلى، كما هو واضح.

نعم جزم الفاضل و الكركى بأنه يفرق بينه و بين أبويه وجوبا مخافه الاستزلال مع أن الوجوب المزبور لا يخلو من نظر، لعدم دليل عليه.

و على كل حال فغير المميز و المجنون لا إسلام لهما إلا بالتبعيه التى تحصل بإسلام الأب أصاله- كمسلم يتزوج بكتابيه مثلا، فان ولدها منه مسلم بلا خلاف، كما عن

المبسوط- أو عارضا، كما إذا أسلم الأب و هو حمل أو ولد منفصل، فإنه يتبع الأب أيضا بلا خلاف كما عن المبسوط أيضا.

و فى

الخبر(۲)عن على (عليه السلام) «إذا أسلم الأب جر الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دعى إلى الإسلام، فان أبى قتل»

مضافا إلى السيره القطعيه فى أولاد المسلمين و مجانينهم المتصل جنونهم بالبلوغ.

بل عن المبسوط و الخلاف أيضا إجماع الفرقه على إسلام الحمل أو الولد بإسلام الأم، مضافا إلى قوله تعالى (۳)«وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ اتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمانٍ».

بل الظاهر عدم الفرق فى التبعيه المزبوره بين إسلام الأب و إسلام الجد و إن علا، و الجدات للأب أو الأم مع فرض عدم وجود الأقرب، أما معه فقد استشكل فيه الفاضل و ولده، و الأقوى فيه التبعيه تغليبا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۶- من أبواب القصاص فى النفس- الحديث ۲ من كتاب القصاص.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب حد المرتد- الحديث ۷ من كتاب الحدود.

۳- ۳ سوره الطور: ۵۲- الآيه ۲۱.

للإسلام و لصدق القرابه المقتضيه مع حياه الأقرب و موته، و كذا الذريه و الولد و

غير ذلك مما هو دليل للتبعيه مع موت الأقرب، و لا ينافيها أحقيه الأبوين من غيرهما من الأجداد و الجدات فى بعض الأحوال.

و تحصل أيضا بالسبى للطفل منفردا عن أبويه، كما عن الإسكافى و الشيخ و القاضى و الشهيد و غيرهم للسيره المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار على إجراء حكم المسلم عليه حيا و ميتا فى طهاره و غيرها.

و من الغريب ما عن بعض الناس من تسليم الاتفاق على طهارته دون إسلامه، فهو حينئذ طاهر و إن لم يكن محكوما بإسلامه، بل مقتضى بقاء تبعيته لأبويه أنه كذلك و إن كان محكوما بكفره، بل قد تقدم فى كتاب الكفارات عند البحث فى الاجتزاء بعتقه عن الرقبه المؤمنه(۱)ما يدل على ذلك أيضا.

نعم لو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه بلا خلاف أجده فيه، للأصل السالم عن معارضه ما يقتضى انقطاعه بتبعيه السابى، خلافا للمحكى عن أحمد بن حنبل، و لا ريب فى ضعفه.

كضعف المحكى عن أحد وجهى الشافعيه من الحكم بإسلام مسبى الذمى الذى لا حظ له فى الإسلام و إن كان فى داره أو باعه من

مسلم، فان ملكه له طرأ عليه و هو كافر، فلا يجدى ملك المسلم حينئذ له بالشراء، كما هو واضح، و قد تقدم تمام الكلام فى المسأله فى الجهاد .

و يحصل أيضا بتبعيه الدار التى تعرض لها المصنف هنا خاصه، لعدم مدخليه غيرها فى لقيط دار الإسلام الذى لا خلاف بين الأصحاب فى الحكم بإسلامه فيها.

۱- ۱ راجع ج ۳۳ ص ۲۰۲.

و المراد بها كما فى الدروس ما ينفذ فيها حكم الإسلام، فلا يكون بها كافر إلا معاهدا قال: «فلقيطها حر مسلم، و حكم دار الكفر التى تنفذ فيها أحكام الإسلام كذلك إذا كان فيها مسلم صالح للاستيلاد و لو واجدا، و أما دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار فان علم فيها مسلم فهى كدار الإسلام و إلا فلا، و تجويز كون المسلم فيها مخفيا نفسه غير كاف فى إسلام اللقيط، و أما دار الكفر فهى ما ينفذ فيها أحكام الكفار فلا يسكن فيها مسلم إلا مسالما، و لقيطها محكوم بكفره و رقه، إلا أن يكون فيها مسلم و لو كان تاجرا إذا كان مقيما، و كذا لو كان أسيرا أو محبوسا، و لا تكفى الماره من المسلمين».

و فى محكى المبسوط «دار الإسلام على ثلاثه أضرب: بلد بنى فى الإسلام لم يقربه المشركون كبغداد و البصره، فلقيطها يحكم بإسلامه و إن جاز أن يكون لذمى، لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، و الثانى كان دار كفر فغلب عليها المسلمون، أو أخذوها صلحا و أقروهم على ما كانوا عليه على أن يؤدوا الجزيه، فإن وجد فيها لقيط نظرت، فان كان هناك مسلم مستوطن فإنه يحكم بإسلامه، لما ذكرنا، و إن لم يكن هناك مسلم أصلا حكم بكفره، لأن الدار دار كفر، و الثالث دار كانت للمسلمين و غلب عليها المشركون مثل طرشوش، فإذا وجد فيها لقيط نظرت، فان كان هناك مسلم مستوطن حكم بإسلامه، و إلا فلا- قال-: و دار الحرب مثل الروم، فان وجد فيها لقيط نظرت، فان كان هناك أسارى فإنه يحكم بإسلامه، و إن لم يكن أسارى و يدخلهم التجار قيل: فيه وجهان: أحدهما الحكم بإسلامه، و الآخر الحكم بكفره».

و فى التذكره جعل دار الإسلام دارين: و هما الضرب الأول و الثانى اللذان فى المبسوط، و جعل الثالث المذكور أخيرا فى المبسوط دار كفر،

فدار الإسلام عنده داران، و دار الكفر عنده داران.

و فى القواعد «الثالث تبعيه الدار، و هى المراد- أى فى اللقيط، فيحكم بإسلام كل لقيط فى دار الإسلام إلا أن يملكها الكفار و لم يوجد فيها مسلم واحد، فيحكم بكفره، و بكفر كل لقيط فى دار الحرب إلا إذا كان فيها مسلم ساكن و لو واحدا تاجرا أو أسيرا».

و فى جامع المقاصد «أن المراد بدار الإسلام فى عباره الكتاب إما دار خطها المسلمون كبغداد أو دار فتحها المسلمون كالشام- ثم حكى عن الدروس تعريفها بما سمعت و قال:- إنه أضبط».

و فى المسالك بعد أن ذكر ما فى الدروس و التذكره قال: «و ظاهر هذه التعريفات أن المراد من دار الإسلام هنا غير المراد بها فى حكمهم بأن سوق المسلمين يحكم على لحومه و جلوده بالطهاره كما سبق فى أبوابه، لأن المسلم الواحد لا يكفى فى ذلك إذا كان أصل البلد للمسلمين، و لا يصدق عليه سوق المسلمين».

قلت: لا أعرف ثمره فى الإطناب فى ذلك بعد خلو النصوص عن تعليق الحكم على دار الإسلام و دار الكفر، و إن جعلهما فى الرياض و غيره العنوان لذلك.

لكن فيه أنه بعد اعتبار وجود المسلم فى الإلحاق لم يفرق بينهما و بين دار الكفر، و احتمال الاكتفاء بدار الإسلام و إن لم يوجد فيها مسلم صالح للتولد منه لا وجه له، بل لا معنى لدار الإسلام معه إلا بإراده نفوذ أحكام الإسلام فيها و إن كان أهلها كفارا، و قد عرفت التصريح فى الدروس باعتبار وجود المسلم فيها فى الحكم بالإسلام.

ثم لا يخفى عليك أن التغليب المزبور للإسلام و لو بوجود واحد أسير أو محبوس فى بلاد الكفر يمكن كون الولد منه مناف لمقتضى قاعده إلحاق المشكوك فيه بالأعم الأغلب، مع أنهم لم يعتبروه فى المارين

و المستطرقين الذين يمكن احتمال التولد من أحدهم الذى هو أولى من المحبوسين.

و مـا أدرى مـا الـذى دعاهم إلى ذلك مع اقتضاء الأصول العقليه عـدم الحكم بإسـلامه و كفره؟! لأن الأصل كما يقتضـى عـدم تولده من الكافر يقتضـى أيضا عدم تولده من المسـلم، و لا أصل آخر يقتضـى الحكم بكون المشـكوك فيه على الوجه المزبور الإسـلام، و الولاده على الفطره قد عرفت إعراض الأصـحاب عن العمل بمقتضاها، و لذا أوله بعضـهم بإراده أنه يولد ليكون على الفطره، أى بعد البلوغ.

نعم قد يقال: إن السـيره تقتضى ذلك فى بلاد الإسلام الغالب فيها المسلمون، و أما الحكم فى النصوص (۱)بالحريه فهو أعم من الإسلام، فلا ملازمه بينهما، مع أن تناولها لبعض الأفراد المذكوره فى كلامهم محل شك أو منع، فليس حينئذ إلا الإجماع إن تم على سائر ما ذكروه، و لعله محل شك فى المحبوس فى طاموره مثلا.

أو يقال: إن دليل ذلك كله

قوله (صلى الله عليه و آله)(۲): «الإسلام يعلو و لا يعلى عليه»

و لو بملاحظه الانجبـار بفتوى الأصـحاب، على معنى ما يقتضـى تغلب احتمال الإسـلام على احتمال غيره، و لا يقـدح فى ذلك عدم اعتبار الاحتمال الناشئ من غير الساكن فى البلاد كالمستطرقين و نحوهم، لعدم الانجبار فيه، فتأمل جيدا.

و على كل حال فان بلغ و أعرب عن نفسه الكفر لم يحكم بردته على الأقوى، كما فى الدروس و محكى التذكره و الإيضاح.

و لعله إليه يرجع ما عن المبسوط من «أن الأقوى أنه لا يقتل،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب موانع الإرث- الحديث ۱۱ من كتاب الفرائض.

بل يفزع و يهدد و يقال: حكمنا بإسلامك قبل، ارجع إلى الإسلام» إلى آخره. لأن الحكم بإسلامه وقع ظاهرا لا باطنا.

و لذا لو ادعى ذمى بنوته و أقام بينه على دعواه سلم إليه، و نقض الحكم بإسلامه، و ليس إلا لأنها أماره إنيه تفيد الظن، باعتبار الاستدلال بالمعلول على شى ء آخر، بخلاف مباشره الإسلام و تبعيه أحد الأبوين أو السابى، فإنه برهان لمى يفيد العلم، و يستدل فيه بالعله على المعلول.

لكن فى القواعد التردد فى ذلك، و لعله مما عرفت و من حيث سبق الحكم بإسلامه، فهو مسلم كفر بعد إسلام، فيندرج فى تعريف المرتد.

بل فى التحرير الجزم بأنه مرتد يستتاب و إلا قتل، بل نفى البعد فى جامع المقاصد عن الحكم بكونه مرتدا، لسبق الحكم بطهارته و إجراء أحكام أولاد المسلمين عليه، و لأن الإسلام هو الأصل، لأن كل مولود يولد على الفطره.

و فيه منع الأصل المزبور، كمنع اقتضاء الأول الحكم بكونه مرتدا ضروره عدم صدقه عليه لغه بل و شرعا، فالتحقيق عدم جريان حكم المرتد عليه، و الله العالم.

[المسأله السادسه عاقله اللقيط الإمام عليه السلام]

المسأله السادسه:

عاقله اللقيط عندنا كما فى التذكره و المسالك الامام (عليه السلام) الذى هو وارث من لا وارث له قولا واحدا إذا لم يظهر له نسب و لم يكبر ف يتولى أحدا على وجه يكون ضامنا لجريرته.

خلافا للمحكى عن العامه من أن عاقلته بيت المال، لأن ميراثه له،

و ربما كان فى عباره الشيخين إيهام لذلك.

قال فى المقنعه: «فان لم يتوال أحدا حتى مات كان ولاؤه للمسلمين و إن ترك مالا كان ماله لبيت مال المسلمين» و نحوه فى النهايه.

و فى محكى المبسوط «فان كان عمدا فإنه للإمام، فإن رأى المصلحه أن يقتص اقتص، و إن رأى العفو على مال و يدعه فى بيت المال لمصالح المسلمين فعل، و إن كان خطأ فإنه يوجب المال، فيؤخذ و يترك فى بيت المال بلا خلاف».

و فى محكى الخلاف «اللقيط إذا مات و لم يخلف وارثا فميراثه لبيت المال، و به قال جميع الفقهاء، دليلنا إجماع الفرقه».

إلا أنه يمكن إرادتهما بيت مال الامام (عليه السلام) الذى هو للمسلمين فى الحقيقه، لأن جميع أنفاله يصرفها عليهم، و عن الشيخ فى المبسوط أنه قال: «إذا قلت: بيت المال فمقصودى بيت مال الامام (عليه السلام)».

قلت: و يؤيد ذلك اتفاق الأصحاب قديما و حديثا على أن ميراث من لا وارث له للإمام (عليه السلام)، كاتفاق النصوص (۱)على أنه من الأنفال.

عن الخلاف بعد ما سمعته بفاصله يسيره «ميراث من لا وارث له لإمام المسلمين، و قال جميع الفقهاء: لبيت المال، و هو لجميع المسلمين، دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم».

و لا ريب فى أن اللقيط المزبور مع الفرض المذكور ممن لا وارث له، فيكون للإمام

الذى هو عاقلته، فإن الذى يعقله هو الذى يرثه سواء جنى عمدا أو خطأ ما دام صغيرا لأن عمد الصبى خطأ

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- من كتاب الخمس.

بلا خلاف و لا إشكال.

فإذا بلغ و عقل و لم يتوال أحدا ففى عمده القصاص كغيره و فى خطائه المحض الديه على الامام (عليه السلام) الذى هو عاقلته و فى شبيه العمد الديه فى ماله كجنايته على المال عمدا أو خطأ، فان لم يكن بيده مال انتظر يساره.

و لو جنى عليه و هو صغير فان كانت على النفس فالديه للإمام (عليه السلام) إن كانت خطأ و القصاص إن كانت عمدا لما عرفت من أنه هو الوارث له مالا- و قصاصا، فله العفو حينئذ على مال بلا- خلاف و لا إشكال مع رضا المجنى عليه كغيره على حسب ما سمعته فى محله.

و إن كانت الجنايه على الطرف قال الشيخ فى المبسوط لا يقتص له و لا تؤخذ الديه لأن القصاص للتشفى، و هو ليس من أهله و لأنه لا يدرى مراده عند بلوغه فهو (۱۱) حينئذ كالصبى (۱۲) غير اللقيط المجنى على طرفه لا يقتص له أبوه (۱۳) و لا جده و لا الحاكم و (۱۴) لا تؤخذ له الديه، بل يؤخر حقه إلى بلوغه.

و لو قيل بجواز استيفاء الولى (۱۵) هنا و فى الصبى الديه مع الغبطه إن كانت خطأ و القصاص إن كانت عمدا كان حسنا، إذ لا معنى للتأخير مع وجود السبب (۱۶) بل لا- خلاف فيه و لا- إشكال فى الخطأ، لعموم ولا-يته، بل لا- يجوز له التأخير المنافى لمصلحته كباقى حقوقه التى هى كذلك، و وفاقا للأكثر كما فى المسالك فى العمد، لعموم ولايته، بل لعل تأخيره إلى وقت البلوغ مع احتمال فوات المحل تفريط فى حق الطفل.

نعم عن التذكره منع استيفاء الديه بدلا عنه، و فيه منع أيضا، لعموم الولايه.

و فى القواعد «لو أخذ الحاكم الأرش فى العمد فبلغ فطلب القصاص فإشكال، ينشأ من أن أخذ المال للحيلوله أو لإسقاط القصاص».

و كأنه عرض بذلك إلى ما عن المبسوط قال: «فأما إذا كان الوارث واحدا مثل من قتلت أمه و قد طلقها أبوه فالقود له وحده، فليس لأبيه أن يستوفيه، بل يصبر حتى إذا بلغ كان ذلك إليه، سواء كان ذلك طرفا أو نفسا، و سواء كان الولى أبا أو جدا أو الوصى، الباب واحد، فإذا ثبت أنه ليس للوالد أن يقتص لولده الطفل أو المجنون، فان القاتل يحبس حتى يبلغ الصبى و يفيق المجنون، لأن فى الحبس منفعتهما معا: للقاتل بالعيش و لهذا بالاستيثاق، فإذا ثبت هذا فأراد الولى أن يعفو على مال فان كان الطفل فى كفايه لم يكن له ذلك، لأنه يفوت عليه التشفى، و عندنا له ذلك لأن له القصاص على ما قلنا إذا بلغ، فلا يبطل التشفى» ثم نقل الخلاف بين العامه فيما إذا كان معسرا و أراد أن يعفو الولى على مال، و اختار أن له العفو أيضا، و للصبى القصاص إذا بلغ.

و فيه ما لا يخفى من أنه لا تسلط للولى على أخذ المال من الجانى بغير رضاه، و الصحه معه إذا كان على جهه إسقاط الحق يقتضى ترتب الأثر الذى هو السقوط الممتنع معه تسلط الصبى عليه.

و دعوى أن المشروع للولى تناول المال على الوجه المزبور، أو أنه كذلك و إن دفع المال بعنوان الاسقاط و قبضه الولى كذلك لا شاهد لها، بل الشواهد على خلافها.

و ثبوت قيمه الحيلوله فى المغصوب على وجه يملكها المالك إلى زمان

حصول العين لاـ يقتضـى الثبوت هنـا إلا بالقياس الممنوع عنـدنا، حتى لو تراضيا على ذلك، إلا أن يكون بعقـد مثلا يشترط فيه الخيار مثلا إلى مده يتحقق فيها بلوغ الطفل، فينتقل الخيار إليه، و إلا فالفضولى لا يتحقق فيه ملك الديه فعلا، كما هو واضح.

ثم إن الحبس فى المجنون الذى لا غايه له تنتظر لا وجه له، بل فى التحرير «لو بلغ فاسد العقل تولى الامام (عليه السـلام) استيفاء حقه إجماعـا» بل لعل مطلق الحبس كـذلك أيضا، لأنه تعجيل عقوبه للمجنى عليه بلا داع و لا مقتض، فالتحقيق أن للولى ذلك كله بعد حصول المصلحه أو عدم المفسده على ما عرفته فى محله، لعموم الولايه، و الله العالم.

و كيف كان ف لا يتولى شـيئا من ذلك فى المقام الملتقط، إذ لا ولايه له فى غير الحضانه خلافا للمحكى عن الإسكافى من أنه لو أنفق عليه و تولى غيره رد عليه النفقه، فـان أبى فله ولاـؤه و ميراثه، و لاـ نعرف له شاهـدا، بـل ظـاهر الأـدله خلاـفه، بل يمكن تحصيل الإجماع على ذلك، و لعله لذا حمله الفاضل على أخذ قدر النفقه من ميراثه.

ثم إن ما تقدم من تبعيه الدار فى الإسـلام، و اما الحكم بحريته حتى يتحقق رقيته بالطريق الشرعى فلا أجد فيه خلافا، بل عن ابن المنذر أجمع عامه أهل العلم على أن اللقيط حر، و روينا ذلك عن على (عليه السلام)(۱)مضافا إلى النصوص (۲)المزبوره و إلى أصاله الحريه المستفاده من النص(۳)

۱- ۱ المستدرك- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۹- من كتاب العتق- الحديث ۱.

و الفتوى بل و العقل، ضروره احتياج الرقيه إلى سبب مقتضى الأصل عدمه.

بل عن التذكره «إذا التقط فى دار الحرب و لا مسلم فيها أصلا فالأقرب عندى الحكم بحريته، لكن تتجدد الرقيه بالاستيلاء عليه، و إن قال علماؤنا: إنه يكون رقا».

و فيه أن علماءنا يقولون باسترقاقه بالتقاطه الذى هو استيلاء على المحكوم بكفره شرعا، لا أنه رق بدونه، نعم هو كافر تبعا للدار بعد السلامه عما يقتضى التغلب على الإسلام.

و على كل حال فمقتضى ما ذكرناه من الحريه شرعا جريان جميع أحكامها له و عليه فى القصاص و غيره، كما هو ظاهر كلامهم فى المسأله.

لكن فى القواعد بعد الحكم بحريته للأصل قال: «فيحكم بها فى كل ما لا يلزم غيره شيئا، فنملكه المال و نغرم من أتلف

عليه شيئا، و ميراثه لبيت المال، و إن قتله عبد قتل به، و إن قتله حر فالأقرب سقوط القود، للشبهه و احتمال الرق، فحينئذ تجب الديه أو أقل الأمرين منها و من القيمه على إشكال».

و إن وجه بانتفاء شرط القصاص، و بأن فارط الدماء لا يستدرك، فيجب فيها رعايه الاحتياط و بنحو ذلك مما لا يخفى عليك ما فيه بعد ثبوت حريته شرعا على وجه تجرى عليه المناكحه المطلوب فيها الاحتياط أيضا و غيرها من أحكام الحر الجاريه على كل من كان ظاهره الحريه شرعا و إن احتمل فيه غيرها، و على فرض الخطأ فهو على بيت المال، لأنه من خطأ الحكام و أصل البراءه و نحوه لا يعارض القاعده الشرعيه الثابته نصا(۱)و فتوى، و لا دليل على سقوط القصاص الثابت بإطلاق قوله تعالى (۲)«النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» و غيره بمجرد الاحتمال المزبور، كما هو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۹- من كتاب العتق- الحديث ۱.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآيه ۴۵.

واضح. بل فی المسالک نفی الخلاف فیه.

و کذا الکلام فیما ذکره من الاشکال و إن قیل: إنه نشأ من أنه حر فی نظر الشارع، و قد حکمنا بسقوط القود للشبهه، فیجب الانتقال إلی الدیه، و من الشک فی

الحریه و الرقیه فیجب أقل الأمرین، لأنه المتیقن و الزائد مشکوک فیه، للشک فی سببه.

لکنه کما تری، ضروره عدم أثر للشک بعد الحکم شرعا بحریته و إن منع من القصاص مانع، و هو الشبهه المفروض کونها فی مثله أو الدیه، فلا مانع منها، فهو حینئذ کحر تعذر استیفاء القصاص منه فی الانتقال إلی الدیه، إذ لو کان الاحتمال ساریا إلیها لاحتمل أیضا دیه ذمی، إذ الإسلام کالحریه أیضا، بل هی أقوی دلیلا منه، کما عرفته.

بل ربما نوقش أیضا بأنه لقائل أن یقول: إن الواقع لا یخلو من رقیه أو حریه، فلا بد من إحداهما، و علی أی تقدیر کان فلا یکون الواجب أحد الأمرین، لأنه إن کان حرا فالواجب القصاص لا الدیه، و الاحتیاط المذکور معارض باحتیاط مثله، فإن الجانی ربما رضی بالقصاص، فقهره علی الدیه إلزام له بما لم یثبت علیه، فیکون باطلا و إن کان رقا فالواجب هو القیمه لا الدیه، فیبطل احتمال کون الواجب هو الدیه علی کل من التقدیرین اللذین انحصر الواقع فیهما.

و کذا یمتنع أن یکون الواجب هو أقل الأمرین مطلقا علی کل من تقدیری الحریه و الرقیه، علی أنه یؤدی إلی إسقاط حق معلوم الثبوت قطعا، و ذلک إذا قطع منه طرفان: أحدهما أکثر قیمه و الآخر أکثر دیه، و حیث بطلت اللوازم کلها تعین الحکم بالقصاص و إن کان فی بعضه ما فیه، و الله العالم.

و مما ذکرنا یظهر لک الحال فی

[المسأله السابعه إذا بلغ فقذفه قاذف کان علیه الحد]

المسأله السابعه: التی هی إذا بلغ فقذفه قاذف کان علیه الحد بلا خلاف و لا إشکال إن لم یدع القاذف الرقیه، کما اعترف به فی المسالک، لحصول مقتضیه، و لا شبهه.

و إن قال القاذف أنت رق فقال المقذوف:

بل أنا حر ف للشیخ فیها قولان: أحدهما فی محکی الخلاف لا حد و تبعه علیه المصنف فی حدود الکتاب، و الفاضل فی حدود التحریر و المختلف و القواعد و لقطتها، و الأصبهانی فی المحکی عن کشفه لأن الحکم بالحریه غیر متیقن، بل علی الظاهر و هو محتمل، فیتحقق الاشتباه الموجب لسقوط الحد (۱۱) الذی یدرأ بالشبهات نعم یثبت التعزیر الذی هو متیقن علی التقدیرین.

و الثانی (۱۲) فی محکی المبسوط فی الحدود و اللقطه علیه الحد، تعویلا علی الحکم بحریته ظاهرا، و الأمور الشرعیه منوطه بالظاهر، فیثبت الحد کثبوت القصاص (۱۳) و تبعه الفاضل فی لقطه التحریر و التذکره و الإرشاد و الشهیدان و الکرکی.

بل فی المتن و الأخیر أشبه (۱۴) بأصول المذهب و قواعده، نعم علیه الیمین کما صرح به فی الدروس، و لعله ظاهر غیره أیضا.

لکن فیه أنه مناف لدرء الحدود بالشبهات التی لا ریب فی کون الفرض منها، لعدم القطع بفساد دعوی الرقیه، و لا یلزم من ذلک کون الاحتمال نفسه من دون دعوی المحدود شبهه، کما أنه لا وجه لاحتمال عدم الشبهه فی ذلک حتی مع الدعوی التی لم یعلم بطلانها و إن لم یتمکن من

إثباتها، و ربما يأتى لذلك مزيد تحقيق فى الحدود إنشاء الله.

و بذلك يفرق بين المقام و بين القصاص الذى ليس من الحدود التى ورد(۱)فيها الدرء بالشبهه.

و لعله إلى ذلك أشار الفاضل فى القواعد بقوله: «تقابل أصل البراءه و الحريه،

فيثبت التعزير، و لو قطع حر يده تقابلا أيضا، و لكن الأقرب القصاص هنا، لأن العدول إلى القيمه مشكوك بخلاف التعزير المعدول إليه، فإنه متيقن» إذ من المعلوم انقطاع أصل البراءه بقاعده الحريه لا مقابلته له.

إلا أن يقال: إن المراد من ذلك تحقق الشبهه المسقطه للأول بخلاف الثانى و إن كان تعليله المزبور قاصرا عن تأديه ذلك.

بل لا يخلو كلامه من منافاه لما سبق منه فى النفس، إذ احتمال الفرق بينهما فى غايه البعد، خصوصا بعد ملاحظه احتمال سرايه قصاص الطرف إلى النفس.

و كذا الكلام لو قال القاذف: أنا رق ليثبت نصف الحد عليه و قال المقذوف هو حر.

و من الغريب ما عن مجمع البرهان من فرض المسأله فى قذف اللقيط الصغير الذى يتولى حد القاذف فيه الحاكم، لأنه وليه، و تفسير عباره الإرشاد بذلك؛ مع أن قذف الصغير لا حد فيه، و إنما فيه التعزير.

و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب مقدمات الحدود- الحديث ۴ من كتاب لحدود.

[المسأله الثامنه يقبل إقرار اللقيط على نفسه بالرق]

المسأله الثامنه:

يقبل إقرار اللقيط كغيره من مجهولى النسب على نفسه بالرق إذا كان بالغا رشيدا و لم تعرف حريته على وجه يعلم بطلان إقراره و لا كان مدعيا لها قبل إقراره، و لا كان متعلقا بحق غيره كما صرح به غير واحد، بل فى محكى المبسوط و غيره ما يشعر بالإجماع.

و لعله كذلك، إذ لم أجد فيه خلافا إلا من الحلى، فلم يقبله، ناسبا له إلى محصلى أصحابنا، لحكم الشارع عليه بالجريه.

و فيه أن حكمه بذلك لا ينافى جريان حكم الإقرار المستفاد من

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱)«إقرار العقلاء»

مضافا إلى

قوله (عليه السلام)(۲): «الناس كلهم على الحريه، إلا من أقر على نفسه بالعبوديه».

بل فى قواعد الفاضل و إيضاح ولده و جامع المقاصد «أن الأقرب القبول لو أقر أولا بالحريه ثم بالعبوديه، للعموم المزبور، و لأنه كما لو ادعى ملكيه شى ء ثم أقر به لآخر».

خلافا للمحكى عن المبسوط و التذكره من عدم القبول، لمنافاته للحكم الأول بحريته التى تترتب عليه أحكامها من الجهاد و الحج و غيرهما، فلا يقبل إقراره بما يقتضى سقوطها، و لأنه بتأكيده لأصل الحريه بالإقرار المزبور صار كمن أعرب عن نفسه بالإسلام الذى اقتضته الدار ثم كفر، فإنه لا يقبل منه، و يجعل مرتدا، و لأن الحريه حق لله تعالى، فلا يقبل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الإقرار- الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۹- من كتاب العتق- الحديث ۱ و فيه « الناس كلهم أحرار.».

رجوعه فی إبطالها، إلا أن الجمیع کما تری.

و نحوه ما عن المبسوط أیضا من أنه «لو أقر بالعبودیه أولا لواحد فأنکر فأقر لغیره لم یقبل، لأن إقراره الأول تضمن نفی الملک لغیره، فإذا رد المقر له خرج عن کونه مملوکا له أیضا، فکان حرا بالأصل، فلیس له إبطالها بإقراره بها لآخر».

إذ لا- یخفی علیک أن إقراره الأول تضمن ثبوت الرقیه، و أنها لزید، و لا یلزم من بطلان الثانی بطلان الأول، و رده لا یقتضی الحریه، بل کون الرقیه لیست له، قیل: و لهذا لو رجع عن الإنکار إلی الإقرار قبل، إذ ربما لم یکن عالما بالحال، أو نحو ذلک مما لا ینافی احتمال الصدق، و من هنا کان خیره الفاضل فی التذکره و التحریر و جامع المقاصد القبول،

لعموم «إقرار العقلاء»(۱)

و قد تقدم فی کتاب الإقرار تحقیق المسأله بما لا مزید علیه، فلا حظ و تأمل.

و لو سبق من اللقیط قبل الإقرار تصرف متعلق بالغیر فمع البینه یکون کالتصرف الواقع من العبد بغیر إذن سیده، و لو لم یکن إلا بالإقرار لم ینفذ فیما یکون فی حق الغیر.

فلو کانت امرأه مثلا- و نکحت زوجا ثم أقرت بالرق استمر نکاحها و ثبت للسید أقل الأمرین من المسمی و مهر المثل، أو من المسمی و العشر أو نصفه علی الخلاف فی المسأله التی قد تقدم تحقیقها فی کتاب النکاح (۲)إن لم یکن قد سلم المهر إلیها، و إلا لم یکن للسید مطالبته، و

الأولاد أحرار، و عدتها من الطلاق ثلاثه قروء، لأنها حق الزوج، بل قیل:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الإقرار- الحدیث ۲.

۲- ۲ راجع ج ۳۰ ص ۲۲۲ و ۳۶۶- ۳۶۸.

و من الوفاه أربعه أشهر و عشره أيام، لأن الحداد حق الزوج، و فيه نظر أو منع.

و فى المسالک «و حيث حکم برقه على أحد الوجوه ففى بطلان تصرفاته السابقه على الإقرار أوجه، من ظهور وقوعها حال الحريه، و من وقوعها حال الحکم بالحريه، ثالثها الفرق بين ما لم يبق أثره کالبيع و الشراء و ما يبقى کالنکاح، فينفذ الأول و يفسد النکاح إن کان قبل الدخول و عليه نصف المهر، و إن کان بعده فسد و عليه المهر، فيستوفى مما فى يده و إلا يتبع به بعد العتق» و لعله لا يخلو من نظر فى الجمله، و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا ادعى أجنبى بنوته قبل]

المسأله التاسعه:

إذا ادعى أجنبى أو الملتقط عندنا بنوته قبل على وجه يثبت به النسب إذا کان المدعى أبا و إن لم يقم بينه، لأنه مجهول النسب، فکان أحق به، حرا کان المدعى أو عبدا، مسلما کان أو کافرا بلا خلاف أجده فيه، بل فى الإيضاح و جامع المقاصد الإجماع عليه، و هو الحجه بعد

عموم «إقرار العقلاء»(۱)

و خصوص قوله (عليه السلام) فى القوى (۲)

و المرسل(۳): «إذا أقر الرجل بالولد ساعه لم ينف عنه أبدا».

فما عن الأردبيلى- من التشکيک فى ذلک لبعض الأمور الاعتباريه کاحتمال کون الإقرار طمعا فى مال الولد لو کان له مال و نحو ذلک-

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الإقرار الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب ميراث ولد الملاعنه- الحديث ۴ من کتاب الفرائض.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب ميراث ولد الملاعنه- الحديث ۳ من کتاب الفرائض.

فی غیر محله، کما تقدم تحقیق المسأله فی کتاب الإقرار، بل قیل:

لو قتله ثم استلحقه قبل و سقط القصاص.

و ما عن بعض العامه- من عدم اللحوق بالکافر و العبد للحکم بإسلامه و حریته- یدفعه أنه یلحق بهما فی النسب خاصه دونهما مطلقا أو إلا مع البینه مع فرض وجوده فی دار یحکم بإسلامه، فلا حضانه حینئذ لهما، کما ستعرف.

هذا و فی محکی الخلاف و المبسوط و کذا تقبل الدعوی علی وجه یثبت النسب لو کان المدعی أما کالأب، بل قیل: هو خیره مجمع البرهان و قضیه إطلاق إقرار السرائر و الکتاب و النافع و الإرشاد و التذکره و التحریر و اللمعه و غیرها، بل عن ظاهر الأول الإجماع علی ذلک،

للصحیحین (1)«عن المرأه تسبی من أرضها و معها الولد الصغیر فتقول هو ابنی و الرجل یسبی فیلقی أخاه و یتعارفان و لیس لهما علی ذلک بینه إلا إقرارهما، فقال: ما یقول من قبلکم؟ قلت:

لا یورثونهم، لأنهم لم یکن لهم علی ذلک بینه، إنما کانت ولاده فی الشرک، فقال: سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بنتها و لم تزل مقره و إذا عرف أخاه و کان ذلک فی صحه من عقلهما و لم یزالا مقرین ورث بعضهم من بعض».

و لکن حیث لم یکونا بتلک الصراحه علی وجه یفیدان ثبوت النسب مطلقا الذی مقتضی الأصل عدمه فی غیر المقر قال المصنف و لو قیل: لا یثبت نسبه إلا مع التصدیق بعد البلوغ و الرشد کان حسنا بل هو خیره الفاضل فی جمله من کتبه و ولده و الکرکی

1- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب میراث ولد الملاعنه- من کتاب الفرائض.

و ثانى الشهيدين، و قد تقدم تحقيق المسأله فى كتاب الإقرار.

و كيف كان ف لا يحكم برقه و لا بكفره بمجرد الإقرار بالبنوه إذا وجد فى دار الإسلام و إن ثبت النسب بذلك إلا أنه لا تلازم بينه و بينهما.

خلافا للمحكى عن الشافعى من احتمال ذلك أو القول به، كما احتمله بعض منا، بل فى الروضه أنه الأقوى، لدعوى التلازم، و هو واضح الضعف.

نعم لو ادعى المسلم بنوه من حكم بكفره تبعا للدار و استرق ألحق به، و حكم بإسلامه، لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، و للتلازم لعدم ولد محكوم بكفره مع إسلام الأب، بل و يحكم بحريته أيضا مع فرض عدم احتمال تصور استرقاقه، لقدم آبائه مثلا فى الإسلام بخلاف الأول.

و احتمال القول بأن الحكم بإسلامه تبعا باعتبار أنه مجهول النسب أما الآن فقد علم يدفعه منع تناول ما دل على تبعيه الأبوين فى الحال المزبور، و لا أقل من الشك، فيأتى أن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، و لو بملاحظه الشهره، و التلازم ممنوع، لإمكان كونه مسلما- و إن كان ابن كافر- لإسلام جده أو أمه أو غيرهما مما يكون به مسلما، كما أنه يمكن حريته لإطلاق الأدله و إن كان أبوه رقا لحريه أمه مثلا.

فاتضح حينئذ أن إلحاق نسبه به من حيث الإقرار لا يقتضى الحكم بكفره، بل و لا بالبينه على ذلك، لاحتمال إسلام أحد أجداده أو جداته، كما فى صوره الإقرار الذى لا فرق بينه و بينها بعد فرض كل منهما طريقا شرعيا ظاهرا لثبوت النسب الذى قد عرفت عدم الدليل على التبعيه بمثله، و لا أقل من التعارض و الترجيح لما عرفت، و الله العالم.

و قیل و القائل الشیخ فی المبسوط یحکم بکفره إن أقام الکافر بینه ببنوته، و إلا حکم الحاکم بإسلامه لمکان الدار و إن لحق نسبه بالکافر و تبعه الفاضل فی القواعد و التحریر، لأن البینه أقوی من تبعیه الدار، و لکن فیه ما عرفت. و لذا کان الأول أولی و الله العالم.

[مسائل خمس فی أحکام النزاع]

اشاره

و یلحق بذلک أحکام النزاع و مسائله خمس:

[المسأله الأولی لو اختلفا فی الإنفاق فالقول قول الملتقط مع یمینه فی قدر المعروف]

الأولی: الملتقط و اللقیط لو اختلفا فی قدر الإنفاق فادعاه الملتقط و أنکره اللقیط فالقول قول الملتقط مع یمینه فی قدر المعروف کما فی القواعد و الدروس و جامع المقاصد و المسالک و محکی المبسوط معللا له فی الجامع بأن الظاهر یساعد الملتقط، و لم یلتفتوا إلی أن الأصل العدم فیما زاد علی قدر الضروره، فیقدم قول اللقیط فی نفی الزائد.

و زاد فی المسالک «و لأنه أمین و مأمور بالإنفاق لدفع ضروره الطفل، فلو لم یقبل قوله فی قدره کذلک أدی إلی الإضرار به إن أنفق و بالملقوط إن تقاعد عنها حذرا من ذلک، و لهذا لا یلتفت إلی الأصل و إن کان موافقا لدعوی الملقوط».

قلت: قد عرفت سابقا أنهم قالوا: لا ولایه للملتقط فی الإنفاق

و لو من ماله إلا مع إذن الحاكم أو مع تعذره، فالمتجه حينئذ توقف أمانته على ثبوت الاذن أو تعذر الحاكم، و مجرد دعواه الاذن أو التعذر لا يجدى فى ثبوت أمانته، نعم يتجه ذلک بناء على ما قلناه من دلاله فحوى النصوص (۱)المزبوره أن له ولايه الإنفاق من ماله عليه و يرجع به عليه مع اليسار.

و لا يقال: إن النزاع هنا فى أصل الإنفاق لا فى صحته و فساده، لأنا نقول: هو لا يكون نزاعا إلا بإراده شغل ذمه اللقيط به و إلا فلا نزاع.

اللهم إلا أن يقال: إنه مع فرض ثبوت وقوعه بيمينه الأصل فيه الصحه المقتضيه للرجوع به. و فيه منع واضح، ضروره اقتضاء ذلک عدم الفرق بين الملتقط و غيره، و هو واضح الفساد، لأن الأصل البراءه.

و حينئذ يتجه فرض المقام بعد معلوميه ائتمان الملتقط على ذلک باذن من الحاكم أو بتعذره، بناء على ثبوت الولايه له حينئذ، و لا ريب فى أن القول قوله حينئذ فى أصل الإنفاق و فى قدره بالمعروف كغيره من الأمناء على ذلک، كالوصى و القيم الشرعى و نحوهما.

بل الظاهر أن القول قوله أيضا فى الزائد على المعروف مع دعوى الحاجه إليه أيضا، لأنه أمين و ولى.

و إليه يرجع ما فى جامع المقاصد قال: «أما ما زاد على المعروف فلا يلتفت إليه فى دعواه، لأنه إن صح كان مفرطا، و لا يحلف إلا أن يدعى الحاجه و ينكرها اللقيط، نعم لو وقع النزاع فى عين مال أنه أنفقها صدق باليمين، لتنقطع المطالبه بالعين، ثم يضمن كالغاصب».

لكن فى المسالک «و لو كان دعواه زائده على المعروف فان لم يدع

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه.

مع ذلـک حـاجه الملقوط إليها فهو مقر بالتفريط فی الزائـد فيضـمنه، و لا وجه للتحليف، و إن ادعی حاجته إلی الزياده و أنكرها الملقوط فـالقول قوله عملاـ بالأصـل مع عـدم معـارضه الظـاهر هنا، نعم لو وقع النزاع فی عين مال» إلی آخر ما سـمعته من جامع المقاصد.

و ظاهره أنه أخذه منه، لكن قد عرفت التفاوت بينهما، و الأصح ما فيه.

بل قد يقال بعدم الضـمان مع فرض الزياده من مال الطفل، لأصاله براءه ذمه المنفق إذا لم يقر بالتفريط، أو فرض موته أو جنونه، لأنه أمين، و الأصل فی تصرفه الصحه، بل و كذا لو كان من مال نفسه و علم منه إراده الرجوع به و لم يعترف بالتفريط.

نعم لو لم يعلم ذلک لم يضمنه الطفل، لاحتمال تبرعه بالزياده مع احتماله إذا فرض عدم دعوی منه بموت أو جنون.

و من ذلک كله ظهر لک أن المسأله غير منقحه فی كلامهم حتی قول المصـنف فان ادعی زياده فالقول قول الملقوط فی الزياده أی نفيهـا، ضـروره عـدم تماميته علی الإطلاق و إن كان الظاهر إرادته أن تقـديم قول الملتقط للظهور المسـتفاد من العاده، و هو مفقود فی الزياده.

و فيه أنهـا غير مطرده، ضـروره اعتيـاد الاحتيـاج إلی الزياده بمرض و غيره، فمع فرض كونه وليا و أمينا مأذونا من الحاكم فالقول قوله إلا أن يعلم التفريط، و الله العالم.

و مما ذكرنا يعلم الوجه فيما لو أنكر اللقيط أصل الإنفاق ف ان القول قول الملتقط مع يمينه، لما عرفت.

و كذا لو كان له أی الملقوط مال فأنكر اللقيط إنفاقه عليه، ف ان القول قول الملتقط أيضا مع يمينه، لأنه

أمينه سواء كـان المنفق مال الملتقط الـذى يرجع به عليه أو مال اللقيط، نعم بناء على ما عرفت يعتبر إذن الحاكم فى إنفاقه، و إلا كان مضمونا عليه و إن أنفقه عليه، لأن السبب أقوى من المباشر، نحو من قدم طعام الغير له بعنوان أنه ماله فأتلفه.

و على كل حال فقـد ظهر لك أن القول قول الملتقط فى أصل الإنفاق و فى قـدره بالمعروف و فى الزائـد مع الحاجه، سواء كان للقيط مال أو لا، و سواء ادعى اللقيط أن الإنفاق عليه كان من ماله أو لا، كل ذلك لما عرفت.

إلا أنه ينبغى مراعاه ما ذكرناه بناء على كلامهم السابق الـذى يعلم منه أنه لو كان للطفل مال و قـد أذن له الحاكم فى إنفاقه عليه و تركه لا لعذر و أنفق من ماله لم يكن له رجوع، لأنه بحكم المتبرع مع عدم الاذن على الوجه المزبور، و الله العالم.

[المسأله الثانيه لو تشاح ملتقطان مع تساويهما فى الشرائط أقرع بينهما]

المسأله الثانيه:

لو تشـاح ملتقطـان فلم يترك أحـدهما للآخر مع تساويهما فى الشـرائط المعتبره فى الالتقاط على وجه لا ترجيـح لأحـدهما على الآـخر أقرع بينهمـا، إذ الفرض أن لا رجحان وفاقا للشـيخ و الفاضل و الشـهيدين و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضـهم، للضـرر عليهما و على الطفل باجتماعهما على الحضانه التى لا يمكن أن يكون عندهما فى ساعه واحده، و فى التناوب و اختلاف الأيدى و الأغذيه و الأخلاق و غير ذلك ضرر على الطفل، مضافا إلى تضررهما. و من هنا قال الله تعالى(۱):

۱- ۱ سوره آل عمران: ۳- الآيه ۴۴.

«وَ ما كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ».

و عن التذكره «أن الاشتراك متعسر أو متعذر اجتماعا أو مهاياه» إلى آخره.

و تبعه فى الدروس قال: «و التشريك بينهما فى الحضانه بعيد، لأنهما إن كلفا الاجتماع تعسر و إن تهايئا قطعا ألفه الطفل فيشق عليه» إلى آخره، فليس حينئذ إلا القرعه بعد عدم إمكان الانتزاع منهما و عدم الترجيح لأحدهما.

و لكن مع ذلك ربما انقدح الاشتراك فيها، بل هو خيره التحرير و إن احتمل القرعه فيه أيضا، لتساويهما فى مقتضاها، و إمكان اشتراكهما فيها، فلا إشكال كى يقرع، و كفاله مريم (ع) إنما كانت لتبرع لا لحضانه شرعيه.

و منه يعلم ضعف ما عن الشهيد فى تفسير قول الفاضل فى القواعد:

«فان تساويا أقرع أو يشتركان فى الحضانه» من أن المراد من الترديد

التخيير، ضروره كون القرعه للإشكال، و مع التشريك لا اشكال، فلا معنى للتخيير.

و لعل الأولى إرادته الإشاره إلى الاحتمال الذى ذكره المصنف، و لا ريب فى كونه متجها مع فرض التحرز عما يقتضى ضرر الطفل، و هما معا مكلفان بدفعه، ضروره عدم اعتبار الاتحاد فى الالتقاط الذى يجرى فى الحيوان و الإنسان و المال، فهما معا حينئذ ملتقط يجب عليهما الحضانه على وجه لا ضرر فيها على الطفل، بأن يجعلاه فى مكان واحد و يتعاهداه و يحسنا تربيته، و كذا لو اشترك الرحم فى الحضانه.

نعم لو قلنا باعتبار الاتحاد على معنى أنهما بالتقاطهما جعل الشارع الحاضن أحدهما لا هما و تشاحا اتجهت القرعه حينئذ، كما أنه لو فرض

تعـذر حضانتهما معا على وجه لا يكون فيها ضـرر على الطفل يأتى احتمال القرعه، و إلا فليس إلا الاشتراك، كما هو واضـح. و الله العالم.

و كيف كـان ف لو ترك أحـدهما للآـخر حقه من الحضـانه صـح بلاـ خلاـف أجـده بين من تعرض له، كالشـيخ و الفاضل فى التحرير الذى اختار الشركه فيه فضلا عن غيره، و الشهيدين و الكركى و غيرهم.

نعم قيـده جمـاعه بكون ذلـك قبـل القرعه لاـ بعـدها، معللين له بأنهمـا قبلهـا يملكانهـا على نحو ملـك الشـفيعين مثلا، بناء على اختصاص أحدهما بتمام الشفعه مع إسقاط الآخر.

و لم يفتقر الترک المزبور إلى إذن الحـاكم، لأـن ملـك الحضـانه لا يعـدوهما بخلاف ما بعـدها، فإنه بها يتعين على وجه يكون كـالمنفرد، و مقتضـاه أن المنفرد لاـ يجوز له ترک الحضـانه لآـخر برضاهما، و هو مناف لمقتضـى الأصول، بل و لحضانه الرحم التى لاـ إشـكال فى جواز تركها لغيره على وجه النيابه، اللهم إلا أن يريـد نفس الحق الـذى لا دليل على انتقاله على وجه يسـقط بحيث لو طلبه بعد ذلک لا يجاب إليه.

و فيه أن ذلک على الوجه المزبور لا يخلو من إشكال أو منع قبلها أيضا، خصوصا بعد ظهور ما ذكروه من التعليل بالاشتراک فى الحق قبلها، و الفرض أنه حق تكليفى، و لهذا لا يمكن إسقاطه للمنفرد الذى لا فرق بينه و بين المشترک بالنسبه إلى هذا المعنى، بل لعل إطلاق كلامهم جواز ترک أحدهما للآخر ينافى ما ذكروه من احتمال الاشتراک.

و أما على احتمال القرعه بناء على أن الحق لأحدهما المطلق لا المبهم فقد يشـكل إسقاطه قبل تعيينه بالفرعه بعد فرض الاحتياج إليها فى تعيينه بعدم ثبوت حق له كى يسقطه، و مع الثبوت لا يصح له الاسقاط.

و ذلک کله مؤید لما ذکرنا من أن المتجه ثبوت الاشتراک بینهما، و لکل منهما الترک علی وجه الإیکال، نحو حضانه الرحم.

و کأنه حام حول بعض ما ذکرناه الکرکی فی حاشیه الکتاب، قال بعد قول المصنف: «و لو ترک» إلی آخره: «لیس علی إطلاقه، بل هو مشروط بأن لا یضعا أیدیهما علیه، أو علی القول بالقرعه، أما علی القول بالتشریک فلا، لأنه قد لزم کلا منهما نصیبه من الحضانه» و إن کان لا یخفی علیک ما فی بعضه بعد الإحاطه بما ذکرناه.

هذا و فی القواعد «و لو ترک أحدهما للآخر صح، سواء کانا موسرین أو أحدهما، حاضرین أو أحدهما، أو کان أحدهما کافرا مع کفر اللقیط» و مقتضاه جواز ترک الموسر للمعسر و الحاضر للمسافر و المسلم للکافر، بل هو مقتضی قول المصنف فی

[المسأله الثالثه إذا التقطه اثنان و کل واحد منهما لو انفرد أقر فی یده]

المسأله الثالثه التی هی عین سابقتها، و إنما أعادها لبیان عدم الفرق بین الملتقطین مع تساویهما و عدمه.

فقال إذا التقطه اثنان و کانا جامعین لشرائط الالتقاط بحیث کل واحد منهما لو انفرد أقر فی یده لصلاحیته فتشاحا فیه أقرع بینهما و یحتمل التشریک کما سمعته سواء کانا موسرین أو أحدهما، حاضرین أو أحدهما بل و کذا إن کان أحد الملتقطین کافرا إذا کان الملقوط کافرا.

و فرض بقائه علیه بعد الالتقاط لعدم کونه ممن یملک به، لعدم کونهم حربیین و إن کانت دار کفر و لیس فیها مسلم، و إلا فلو فرض

أنه يسترق بالالتقـاط جاء فيه حينئـذ احتمال تغليب المسـلم، فيحكم بإسـلام اللقيط تبعا للسابى، فلا يصـلح للكافر اسـتدامه حكم الالتقاط، نعم يمكن بقاؤه على الملكيه بينهما، و لم أجد ذلك محررا فيما حضرنى فى المقام.

و كيف كان فالوجه فى عـدم الترجيـح بشـى ء من هذه الأمور إطلاق الأدله المقتضـى لتساويهما فى الحق المزبور على كل حال مع فرض صلاحيتهما للالتقاط.

لكن فى القواعـد سابقا «و لو ازدحم ملتقطان قـدم السابق، فان تساويا ففى تقـديم البلـدى على القروى، و القروى على البلدى، و الموسر على المعسر، و ظاهر العداله على المستور نظر، فان تساويا أقرع أو يشتركان فى الحضانه، و لو ترك أحدهما للآخر» إلى آخر ما سمعته سابقا عنها.

و مراده على الظـاهر أنهما تساويا فى أخـذه و لم يكن أحـدهما سابقا على الآخر، و هو المراد من موضوع المسأله فى الكتاب، لا أنهما ازدحما على إراده التقاطه، فالنظر و عدم الترجيح فى ذلك حينئذ، كما عن الإيضاح و الحواشى.

بل فى التـذكره «إن تساويا فى الصـفات فان ترجح أحد الملتقطين بوصف يوجب تخصـيصه به دون الآخر و كانا معا ممن يثبت لهما جواز الالتقاط أقر فى يده و انتزع من يد الآخر».

و جزم بالترجيـح بمـا سـمعته فى القواعـد و زاد تقـديم الحر على العبـد و المكـاتب و إن كان التقاطه باذن سـيده، لأنه فى نفسـه ناقص، و ليست يد المكاتب يد السيد.

بل عن الكركى موافقته أيضا على تقـديم معلوم العـداله على المسـتور و إن كنت لم أتحققه، قال: «لأن الأحوط اشتراط العداله، فيكون

الترجیح بهـذا الاعتبـار، و أما الباقون فالأصـح عـدم ترجیـح أحـدهم علی مقابله، لأن کلا منهم أهل للالتقاط، و تأثیر واحـد من الأوصاف المذکوره فی الترجیح غیر معلوم، و الأصل عدمه».

و عن المبسوط التفصـیل بتقـدیم الأـمین علی الفـاسق، و أنه حکی عن قوم تقـدیم الأیسـر مع التساوی فی الأمانه، فإن تساویا فی الیسار أقرع، و لم یرجح هو، و قدم القروی علی البدوی إن وجداه فی قریه أو حضـر قال: «و إن وجداه فی البادیه و کان البدوی ممن له حله قریبه فإنه یقرع بینهما، و إن کان متنقلا فوجهان» و لم یرجح.

و فی الدروس «و إنما تتحقق القرعه مع تساویهما فی الصلاحیه، فیرجح المسلم علی الکافر و لو کان الملقوط محکوما بکفره فی احتمـال، و الحر علی العبـد، و العـدل علی الفاسق علی الأقوی، و یشـکل ترجیـح الموسـر علی المعسـر و البلـدی علی القروی و القروی علی البـدوی و القار علی المسافر و ظاهر العـداله علی المسـتور و الأعدل علی الأنقص نظرا إلی مصـلحه اللقیط فی إیثار الأکمـل نعم لاـ یقـدم الغنی علی المتوسط، إذ لا ضـبط لمراتب الیسار، و لا المرأه علی الرجل، و لا من یختاره اللقیط و إن کان ممیزا» إلی غیر ذلک من کلماتهم.

و لکن لا یخفی علیک ما فی الجمیع بعـد خلوص النصوص و الفتاوی عدا ما عرفت عن ملاحظه هذه الأمور التی لم یصل العقل إلی اعتبارها شـرعا و إن کان فیها صـلاح للطفل علی وجه یقتضـی رفع الید عما یقتضـیه إطلاق الأدله و الأصول العقلیه، و ینتزع من ید من یثبت له حق فیه، بل مقتضی ذلک حتی مع الاستقلال المجمع علی خلافه، و علی تقدیره فلا ینبغی حصرها فی الأمور المذکوره، بل هی إلی عدم الحصر أقرب منه.

بل فتح هذا الباب یقتضی فقها جدیدا لا ینطبق علی أصول الإمامیه

إذ منه تقـديم الأنثى فى التقاط الأنثى، بل و الصبى المحتاج إلى الحضانه، و منها التقاط ذى الشـرف و العز و الوقار و نحو ذلك ثم لو تعـارضت المرجحات بعضـها مع بعض و غير ذلك مما لا أثر له فيما وصـلنا من نصوص أهل العصـمه الـذين كل ما خرج عنهم فهو زخرف و لعله لعـدم التعارض المحتاج إلى الترجيـح الـذى يراعى فيه هذه الأوصاف، لاتحادهما فى الالتقاط الموجب للحق كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف لو وصف أحدهما أى المتنازعين فيه أى اللقيط علامه كالخال فى رأسه و نحوه لم يحكم له به كما فى القواعد و جامع المقاصد و المسالك، لعدم ثبوت اعتبار ذلك شرعا فى ثبوت الولايه عليه، كعدم ثبوت اعتباره فى النسب أيضا.

خلافا لأبى حنيفه، بل عن الفاضل فى التحرير احتمال الحكم به كاللقطه، إلا أنه كما ترى.

ثم لاـ يخفى عليـك أن هـذا فيما إذا تنازعا فى الاسـتقلال بالولايه، بمعنى دعوى كل منهما الاسـتقلال بالتقاطه، فـذكر أحـدهما وصفا فيه لإراده الاستظهار به على خصمه، و فرض المسأله السابقه معلوميه اشتراكهما فى الالتقاط بأن اشتركا معا فى تناوله، و لا مدخليه فى ذلك لذكر الوصف قطعا، و لعل مقصود المصنف بيان عدم الأثر لذلك لو كان تنازعهما فى سبق الالتقاط.

و حينئـذ قد يقال لو كان فى يد أحدهما رجح على الآخر و إذا كان فى يديهما معا و لا بينه لأحدهما أقرع كما إذا أقاما بينتين و تساويتا، و فى ترجيح بينه الداخل و الخارج على نحو الأملاك وجه.

و كأنه إلى ما ذكرنا أشار فى التحرير، قال: «لو اختلفا فى سـبق التقاطه حكم لمن هو فى يده مع اليمين، و لو كان فى يدهما أقرع بينهما،

فيحلف من خرجت له، و يحتمل عدم اليمين، و كذا لو لم يكن في يدهما مع احتمال أن يسلمه الحاكم إلى من شاء من الأمناء، و لو وصف أحدهما شيئا مستورا فيه كشامه في جسده لم يكن أولى، كما لو وصف مدعى المتاع، و يحتمل تقديمه، كما لو وصف اللقطه، و لو اختص أحدهما بالبينه حكم له، و لو أقاما بينه قدم سابق التأريخ، و لو تعارضا أقرع، و لو كانت يد أحدهما عليه و أقاما بينه حكم للخارج» و هو عين ما ذكرناه، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا ادعى بنوته اثنان فإن كان لأحدهما بينه حكم بها]

المسأله الرابعه:

إذا ادعى بنوته اثنان أجنبيان أو ملتقطان فان كان لأحدهما بينه حكم بها.

و إن أقام كل واحد منهما بينه أقرع بينهما بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخ و الفاضلين و الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعض. و كذا لو لم يكن لأحدهما بينه.

و لو كان الملتقط أحدهما فلا ترجيح باليد، إذ لا حكم لها في النسب بخلاف المال، لأن لليد فيه أثرا بلا خلاف أجده فيه أيضا، بل و لا إشكال بعد عدم ثبوت اعتبارها شرعا في ذلك.

نعم في القواعد في كتاب القضاء «لو تداعيا صبيا و هو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصه على إشكال».

و عن الفخر و الأصبهاني تقييده بما إذا لم يعلم أن اليد يد التقاط، بل عن الأخير لا ترجيح في يد الالتقاط قطعا.

و في الدروس «إذا لم يعلم كونه لقيطا و لا صرح ببنوته فان ادعاه

غيره فنـازعه فـان قـال: هو لقيـط و هو ابنى فهمـا سواء، و إن قال: هو ابنى و اقتصـر و لم يكن هناك بينه على أنه التقطه فالأقرب ترجيح دعواه عملا بظاهر اليد».

إلا أن الجميع كما ترى بعـد ما عرفت من عـدم ثبوت اعتبار اليد فى النسب شـرعا، و لذا لا يحكم ببنوه من كان فى يده صبى لم يعترف بنسـبته إليه، نعم لو سـبق أحدهما فى دعوى الولديه و حكم له بذلك كان مقدما على الآخر، لثبوت نسـبه شـرعا، فيكون الآخر مدعيا صرفا يطالب بالبينه، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا اختلف كافر و مسلم أو حر و عبد فى دعوى بنوته يرجح المسلم على الكافر و الحر على العبد]

المسأله الخامسه:

إذا اختلف كافر و مسلم أو حر و عبد فى دعوى بنوته قال الشيخ فى المبسوط يرجح المسلم على الكافر و الحر على العبد لقاعده التغليب فيهما، و تبعه الفخر و الشهيدان إلا إذا كان اللقيط محكوما بكفره أو رقه، فيتجه التوقف أو ترجح الكافر أو الرق كما فى الدروس، أو يشكل الترجيح، كما فى الروضه.

بل عن الأردبيلى الميل إلى ترجيح المسـلم و الحر مطلقا، و عن أبى على ترجيح الحر، فان قامت بينه أنه ولد العبد ألحقنا به نسبه و أقررناه على الحريه، إلا أن تقوم البينه أنه ولد من أمه.

و لكن فيه تردد بل عن الخلاف و التذكره الجزم بعدم الترجيح و الرجوع إلى القرعه.

و فى جامع المقاصد «أنه الظاهر، سواء كان الالتقاط فى دار الكفر أو الإسلام».

و فی المسالک «الأظهر عدم الترجیح مطلقا إلا أن یحکم بکفره و رقه علی تقدیر إلحاقه بالناقصین، فیکون ترجیح الأولین أقوی، لظهور المرجح».

بل عن المختلف أن المشهور عدم الترجیح مطلقا، و لعله أخذها مما ذکروه فی کتاب القضاء من أنه إذا وطأها اثنان شبهه ثم أتت بولد فإنه یقرع بینهما، سواء کانا مسلمین أو أحدهما أو حرین أو أحدهما، بل عن کشف اللثام الإجماع علی ذلک. خلافا للقطه المبسوط، و به صحیح الحلبی (۱)بناء علی أنهما من سنخ واحد، کما هو الظاهر.

و قاعده التغلیب علی وجه تشتمل المقام ممنوعه، و ترجیح المسلم و الحر

بموافقتهما للحکم بإسلامه و حریته لو کان فی بلاد الإسلام لا أثر له فی ثبوت النسب المستند إلی الفراش أو الإلحاق أو البینه، مع أنه لا یتم فی المحکوم بکفره و استرقاقه.

مضافا إلی ما سمعته سابقا من بقاء الحکم بإسلامه و حریته مع إمکانهما و إن حکم بکفر أبیه و رقیته، بل لو قلنا بالتبعیه فیهما أیضا تبعا لاقتضاء الأدله لم یکن بذلک بأس، و لا ترجیح فیه لدعوی المسلم.

فالتحقیق مساواتهما و إن أطنب فی الإیضاح و مجمع البرهان و غیرهما فی بیان الترجیح، لکنه لیس بشی ء، إذ هو مجرد اعتبارات لا ترجع إلی دلیل معتبر شرعا، کدعوی العار فی العبودیه و حفظ الدین فی الإسلام و تغلیبه و نحو ذلک مما لا یرجع إلی محصل.

و لو ادعاه رجل و امرأه فلا تعارض و ألحق بهما، لاحتمال حصوله منهما عن نکاح.

و لو قال الرجل: ابنی من زوجتی و صدقته الزوجه و قالت امرأه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب میراث ولد الملاعنه- الحدیث ۱ من کتاب الفرائض.

أخرى: إنه ابنی ففی التحریر هـو ابن الرجـل، و لاـ ترجـح دعـوی الزوجه، و هو کـذلک مع فرض عـدم سـبقها علی الأـخری فی الإلحاق، و الله العالم.

[القسم الثانی فی الملتقط من الحیوان]

اشاره

القسم الثانی فی الملتقط من الحیوان و تمام النظر فیه فی ثلاثه المأخوذ و الآخذ و الحکم.

[الأول فی المأخوذ]

أمـا الأول فهو کل حیوان مملوک لا مثل الخنزیر و نحوه ضائع فی الفلاه عن مالکه لا غیر الضائع عنه أخـذ و لا یـد لملتقط علیه إلا ما ستعرف. و یسمی الحیوان المأخوذ ضاله.

و لا خلاف بیننا فی أن أخذه فی صوره الجواز مکروه بل عن المبسوط و الخلاف نسبه ذلک إلی روایه أصحابنا، و فی التذکره نسبه کراهه الالتقاط إلی علمائنا فی موضعین.

و فی محکی السرائر «أخذ اللقطه عند أصحابنا علی الجمله مکروه، لأنه قد

روی فی الأخبار(۱)أنه لا یأخذ الضاله إلا الضالون».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵ و ۷ و ۱۰.

و فی الصحیح (۱)فی الضاله «ما أحب أن أمسها»

و فی النبوی المروی من طرق العامه(۲)«لا یأوی الضاله إلا ضال»

و فی آخر(۳)«ضاله المؤمن من حریق جهنم»

أی لهبها، و

فی الخبر(۴)أیضا «إیاکم و اللقطه، فإنها ضاله المؤمن، و هو حریق من حریق جهنم».

إلی غیر ذلک من الأخبار الوارده فی مطلق اللقطه أو فی الصامت إلا أنه بفحواها یفهم منها أیضا ما نحن فیه.

بل ربما استدل أیضا بما

ورد(۵)من أن «الضاله لا یأکلها إلا الضالون»

بناء علی إراده النهی عن الأخذ الذی هو مقدمه للأکل من ذلک و إن زاد

فی بعضها(۶)«إذا لم یعرفوها».

و کیف کان فالحکم مفروغ منه، مضافا إلی ما فی التعریض بفعلها لأحکام کثیره یصعب التخلص منها علی حسب ما أراده الشارع، بل لعلها من الأمانه التی حملها الإنسان لجهله.

و من ذلک کله یعلم عدم وجوب حفظ مال الغیر ما لم یکن تحت یده، کما ذکرناه فی المباحث السابقه.

لکن عن أبی حنیفه فی وجه وجوب أخذ اللقطه لکون المؤمنین بعضهم أولیاء بعض، فیکون کولی الأیتام، و أن حرمه مال المسلم کدمه.

و هو کالاجتهاد فی مقابله ما عرفت، و کم له، و ما أبعد ما بینه و بین الشیخین فی المقنعه و النهایه من ظهور التحریم فی الحیوان کما حکاه عنهما فی الدروس، و لکن لا یبعد إراده الکراهه من نفی الجواز فیهما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۹۰.

۳- ۳ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۹۰.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللقطه- الحدیث ۸.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب اللقطه- الحديث ۵.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۴.

کما هو المتعارف فی کلامیهما.

و علی کل حال فلا إشکال فی الکراهه إلا بحیث یتحقق التلف إذا لم یلتقطه فإنه حینئذ طلق بلا کراهه، کما صرح به الفاضل و الشهیدان و الکرکی و غیرهم، و لعله لعدم تناول أدله الکراهه الملاحظ فیها فائده المالک المفروض انتفاؤها، فالعقل حینئذ یقضی بعدمها.

و لا ینافیه

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «هی لک أو لأخیک أو للذئب»

بعد ظهوره فی غیر تحقق التلف الذی هو عنوان عدم الکراهه.

بل ربما قیل: الظاهر منه الترغیب فی أخذ الضاله التی هی فی معرض التلف، علی معنی أنک إن أخذتها و لم تعرف مالکها بعد التعریف تکون لک، و إن عرفته فقد حفظت مال أخیک المؤمن، و إن لم تأخذها أکلها الذئب أو أخذها غیر الأمین الذی هو بمنزله الذئب أیضا.

و لعله لذلک کان المحکی عن المبسوط استحباب أخذها إذا کان أمینا فی مفازه أو فی خراب أو فی عمران، و عن أبی علی لو أخذها لصاحبها حفظا عن أخذ من لا أمانه له رجوت أن یؤجر، بل فی الروضه «یجب کفایه إذا عرف صاحبها».

و لکن لا یخفی علیک ما فیه من عدم الدلیل علی ذلک علی ما أشرنا إلیه فی الودیعه(۲)و غیرها من الکتب السابقه.

کما أنه لا یخفی علیک منافاه

قوله (صلی الله علیه و آله) متصلا بالخبر المزبور: «و ما أحب أن أمسها»

للمعنی المذکور المقتضی للندب، فلا یبعد إراده بیان الجواز فیه، بل الکراهه أیضا، فتأمل.

و کیف کان ف الاشهاد مستحب عندنا لما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۲- ۲ راجع ج ۲۷ ص ۲۸.

فیه من التحرز عن الطمع، و عما لا یؤمن من تجدده علی الملتقط من موت أو فلس أو غیرهما و لنفی التهمه بإراده تملکها. و فی

النبوی (۱)«من التقط لقطه فلیشهد علیها ذا عدل أو ذوی عدل، و لا یکتم و لا یغیب»

خلافا لبعض العامه فأوجبه، لظاهر الأمر القاصر عن إفادته کما هو واضح.

و لا بد فیه من التعدد المتوقف علیه ما عرفت دون شهاده الواحد و إن کان ظاهر الخبر المزبور ذلک، لکن لا عامل به منا، و الله العالم.

و علی کل حال فالبعیر لا یؤخذ إذا وجد فی کلأ و ماء یتمکن من التناول منهما و إن لم یکن صحیحا بلا خلاف أجده بین القدماء و المتأخرین منا، بل فی

الکفایه نسبته إلی الأصحاب مشعرا بالإجماع علیه و لعله کذلک.

بل فی غایه المرام ذلک صریحا قال: «وقع الإجماع علی عدم جواز أخذ البعیر إذا ترک من غیر جهد مطلقا، سواء کان فی کلأ أو ماء أو لم یکن، و کذا إذا ترک من جهد فی کلأ أو ماء» بل مقتضاه أن أحدهما کاف فی عدم الجواز، و إن کان هو کما تری یمکن دعوی الإجماع بخلافه فضلا عن النصوص(۲).

و فی الغنیه «من وجد ضاله الإبل لا یجوز له أخذها بإجماع الطائفه».

أو کان صحیحا و إن لم یکن فی کلأ و ماء بلا خلاف أجده فیه أیضا، بل فی الکفایه و غایه المرام نحو ما سمعته فی الأول، کدعوی الإجماع فی الریاض علیهما معا و لقوله (صلی الله علیه و آله) فیما تقدم من النصوص السابقه.

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۸۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه.

کصحیح الحلبی (۱)و

حسن هشام بن سالم بإبراهیم (۲)عن الصادق (علیه السلام) «جاء رجل إلی النبی (صلی الله علیه و آله) فقال:

یا رسول الله إنی وجدت شاه، فقال رسول الله (صلی الله علیه و آله):

هی لک أو لأخیک أو للذئب، فقال: یا رسول الله إنی وجدت بعیرا فقال

خفه حذاؤه و کرشه سقاؤه فلا تهجه

». و فی

صحیح معاویه بن عمار(۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «سأل رجل رسول الله (صلی الله علیه و آله) عن الشاه الضاله بالفلاه، فقال للسائل: هی لک أو لأخیک أو للذئب، قال: و ما أحب أن أمسها، و سأل عن البعیر الضال، فقال للسائل: مالک و له، خفه حذاؤه و کرشه سقاؤه، خل عنه»

و نحوه مرسل الفقیه (۴).

علی أن مقتضی مصلحه المالک بعد أن لم یخش علیه التلف لامتناعه عن السباع و استقامته بالرعی عدم التعرض له، لأن العاده جرت بطلب مالکه له حیث یفقده.

و حینئذ فقد یقال: إن وجه التفصیل المزبور- مضافا إلی ما سمعته من نفی الخلاف فیه و غیره، و إلی ظهور فحوی قوله (صلی الله علیه و آله):

«کرشه» إلی آخره أن ذلک لمصلحه المالک، فمع فرض کونه فاقد الأمرین لا یکون له مصلحه-

خبر السکونی (۵)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «أن أمیر المؤمنین (علیه السلام) قضی فی رجل ترک دابته من

۱- ۱ أشار إلیه فی الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ و ذکره فی التهذیب ج ۶ ص ۳۹۴- الرقم ۱۱۸۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۴- ۴ أشار إلیه فی الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵ و ذکره فی الفقیه ج ۳ ص ۱۸۸- الرقم ۸۴۸.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۴.

جهـد، قال: إن تركها فی کلأ و ماء و أمن فهی له یأخذها حیث أصابها، و إن ترکها فی خوف و علی غیر ماء و لا کلأ فهی لمن أصابها».

و خبر مسمع (۱)عن أبی عبد الله (علیه السـلام) قال: «إن أمیر المؤمنین (علیه السـلام) یقول فی الدابه إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهی للذی أحیاها، قال: و قضـی أمیر المؤمنین (علیه السـلام) فی رجل ترک دابته فی مضـیعه، فقال: إن کان ترکها فی کلأ و ماء و أمن فهی له، یأخذها متی شاء، و إن ترکها فی غیر کلأ و ماء فهی للذی أحیاها».

و فی

صحیح عبد الله بن سنان (۲)عن أبی عبد الله (علیه السـلام) «من أصاب مالا أو بعیرا فی فلاه من الأرض قد کلت و قامت و سیبها صاحبهـا لمـا لم تتبعه فأخـذها غیره فأقـام علیهـا و أنفق نفقه حتی أحیاها من الکلال أو من الموت فهی له، و لا سبیل له علیها، و إنما هی مثل الشی ء المباح».

بنـاء علی إراده مـا یشـمل الضـائع من الـترک فی النصوص السـابقه، لاـ خصوص الاـعراض و لاـ خصوص الترک الـذی هو غیر موضوع اللقطه، خصوصـا بعـد ملاـحظه مـا هو المعتـاد من أنه یراها متروکه و لم یعلم قصـد صاحبها الاعراض عنها أو أنه ترکها لخوف و نحوه أو أنهـا ضـائعه منـه أو یقـال: إن موردهـا و إن کـان المعرض عنه إلاـ أن المفهـوم منه کـون المـدار علی مطلق المتروکیه علی الوجه المزبور.

إلاـ أن الأـخیر کمـا تری، ضـروره معلـومیه الفرق بین الأـعراض و اللقطه، لمعلـومیه الفرق بینهمـا و بین مـا قصـد ترکه و یعلم به صاحبه، کما هو ظاهر لفظ «ترکه» و حینئذ فلا مدخلیه لهذه النصوص فیما نحن فیه من الضاله، خصوصا الصحیح الذی قد صرح فیه بلفظ التسییب و کونه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

کالمباح، و منه یعلم حینئذ صحه نسخه «سیبها» بالیاء لا «نسیها» من النسیان.

و حینئذ یکون الضاله المجهوده فی غیر کلأ و ماء علی حکم غیرها من الضوال، فیکون وجه التفصیل ما أشرنا إلیه و نحوه مما یظهر منه ذلک مع ملاحظه إطلاق بعض النصوص السابقه الذی یمکن دعوی انسیاقه من فحواه.

هذا و فی اللمعه و المفاتیح «إذا وجد البعیر فی کلأ و ماء صحیحا» و ظاهرهما اعتبار الأمرین معا، و هو مخالف لما عرفت.

و علی کل حال فلو أخذه فی صوره عدم جواز أخذه ضمنه بلا خلاف أجده، بل و لا إشکال،

لعموم «علی الید»(۱)

مع عدم الاذن لا شرعا و لا مالکا.

بل فی الروضه «لا یجوز أخذه حینئذ بنیه التملک مطلقا، و فی جوازه بنیه الحفظ لمالکه قولان: من إطلاق الأخبار بالنهی و الإحسان، و علی التقدیرین یضمن بالأحد حتی یصل إلی مالکه أو إلی الحاکم مع تعذره».

و ظاهره الضمان حتی مع قصد الإحسان، و لعله کذلک، للعموم المزبور الذی لا ینافیه قاعده الإحسان المراد منها ما حصل فیه الإحسان لا ما قصد و لم یحصل.

نعم فی

خبر الحسین بن یزید(۲)عن جعفر عن أبیه (علیهما السلام) قال: «کان أمیر المؤمنین (علیه السلام) یقول فی الضاله یجدها الرجل فینوی أن یأخذ لها جعلا فنفقت، قال: هو ضامن، فان لم ینو أن یأخذ لها جعلا فتنفق فلا ضمان علیه».

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی- ج ۶ ص ۹۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۹- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

إلا أنه مع عدم جامعيته لشرائط الحجيه لم أجد عاملا به من الأصحاب، ضروره إطلاقهم الضمان فى صوره عدم الجواز، و عدمه فى صوره عكسه.

و كذا ما فى

صحيح صفوان (۱)أنه سمع أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «من وجد ضاله فلم يعرفها ثم وجدت عنده فإنها لربها أو مثلها من مال الذى كتمها».

و رواه فى الكافى و الفقيه بالواو، و كأنه بمعنى «أو» على إراده صوره التلف،

أو المراد أنه يدفع العين إلى مالكها بانضمام مثلها كفاره للكتمان أو تغريرا أو استحبابا، و على كل حال فهو غير ما نحن فيه.

و أما القول بجواز أخذ ما يحرم التقاطه بعنوان الحفظ فقد اختاره فى التذكره منزلا النصوص على ما إذا نوى بالالتقاط التملك قبل التعريف أو بعده، بل قال فيها: «أنه يجوز للإمام أو نائبه أخذ ما لا يجوز أخذه على وجه التملک».

و فيه أن ذلک كله مناف لظاهر النهى عن الاهاجه و للأمر بالتخليه و

قول الامام (عليه السلام)(۲): «لا أحب أن أمسها»

الدال على أنه كغيره فى ذلک و نحوه.

ثم لا يبرأ الضامن للبعير المزبور لو أرسله إلى محله الذى أخذه بلا خلاف و لا إشكال.

خلافا لعمر و أبى حنيفه و مالک، فقد قال الأول منهم للملتقط المزبور: أرسله فى الموضع الذى أصبته فيه».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۵.

و فيه أن ذلك ليس أداء كما فى غيره من المال المضمون بسرقه و نحوها.

نعم يبرأ لو سلمه إلى صاحبه قطعا و لو فقده سلمه إلى الحاكم بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالشيخ و الحلى و الفاضل و الشهيدين و الكركى و المقداد على ما حكى عن بعضهم لأنه منصوب للمصالح التى منها قبض نحو ذلك.

فان كان له حمى أرسله فيه و إلا باعه و حفظ ثمنه لصاحبه كما صرح به غير واحد، لكن الظاهر إراده الجميع ما فى التذكره و الدروس من تقييد تركه فى الحمى- بما إذا رأى المصلحه فى ذلك، و إلا باعه- كما إذا لم يكن له حمى- بعد أن يصفها و يحفظ صفاتها، و لذا استحسنه فى جامع المقاصد و المسالك.

نعم قد يناقش فى وجوب دفعه إلى الحاكم- بناء على ظهور عباره المتن و نحوها فى ذلك- بأنه مع عدم اليأس من صاحبه مخاطب بالفحص، و مكلف بالحفظ حتى يرده إليه، إذ هو مغصوب أو كالمغصوب بالنسبه إلى ذلك، و مع اليأس له الصدقه به كغيره من مجهول المالك.

و ولايه الحاكم عن صاحبه على وجه يكون كولايه الطفل لا دليل عليها و إن قلنا بوجوب الحفظ عليه لو دفع إليه باعتبار كونه منصوبا لأمثال هذه المصالح.

و منه ينقدح الشك فى براءه ذمته من الضمان لو دفعه إليه، بل يبقى فى ضمانه إلى أن يصل إلى يد المالك، فان الحاكم على ما ذكرنا ولى حفظ لا ولى قبض على وجه يحصل معه البراءه كالمالك أو وكيله، و إلا لوجب دفعه إليه، و قد عرفت ما فيه. و قد تنبه لبعض ما ذكرناه المقدس الأردبيلى.

اللهم إلا أن يقال: إن مراد الأصحاب جواز التسليم لا وجوبه، و دعوى أنه متى جاز وجب لا حاصل لها هنا.

و كذا قد يناقش فيما قيل من أنه لو لم يجد الحاكم هل يجوز له بيعه أم لا؟ الظاهر الثانى، و على تقدير عدم البيع يبقى فى يده مضمونا عليه إلى أن يجد المالك أو الحاكم، و يجب عليه الإنفاق عليه، و فى رجوعه به مع نيته وجهان، من دخوله على التعدى الموجب لعدم الرجوع، و من أمره بالإنفاق شرعا حين يتعذر عليه أحد الأمرين، فلا يتعقب الضمان.

إذ لا يخفى عليك ما فى جواز بيعه أولا مع عدم الولايه له، بل يده يد عدوان، و ما فى احتمال الرجوع بنفقته مع النيه ثانيا، مع أن ذلك واجب عليه، و ليس هو من الأمناء شرعا و لا مالكا، و الأمر الشرعى مقدمه للحفظ الواجب عليه حتى يرده إلى مالكه. فمن الغريب تردد بعضهم فى الحاكم من غير ترجيح.

و أغرب من ذلك ما فى التذكره من أن الأقرب الرجوع ثم قال:

«و لا يبعد من الصواب التفصيل، فان كان قد نوى التملك قبل التعريف أو بعده أنفق من ماله و لا رجوع، لأنه فعل ذلك لنفعه، و إن نوى الحفظ دائما رجع مع الاشهاد إن تمكن و إلا فمع نيته».

و كذا حكم الدابه التى هى الفرس فى كلامهم بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما أشعر به بعض العبارات، قيل لخبرى مسمع (۱)و السكونى (۲)السابقين، بل و الصحيح (۳)بناء على إراده الضاله من المال فيه، بقرينه «قامت» و نحوه فيه.

و على كل حال فقد ألحق البغل فى كشف الرموز و المسالك و محكى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

الخلاف و المبسوط، بل لعل لفظ الدابه فی النصوص (۱)المزبوره شامل له و لغیره من ذات القوائم الأربع و لو المتعارف منها

الذی یدخل هو فیه، بل لو سلم إراده خصوص الفرس منها فیها أمکن إلحاقه بها أیضا، خصوصا بعد ملاحظه تحقق حکمه الجواز و عدمه أو علته المستفاده من فحوی النصوص.

و کیف کان ففی جریان الحکم المزبور فی البقره و الحمار تردد ینشأ مما عرفت أظهره المساواه فی الأول، وفاقا للشیخ و الآبی و الفاضل و الشهیدین و الکرکی و المقداد و ظاهر الحلی علی ما حکی عن بعض لأن ذلک فهم من فحوی المنع من أخذ البعیر باعتبار استغنائه بالرعی و الشرب، و کونه محفوظا من صغار السباع. نعم لو فرض تحقق التلف لبعد الماء و الکلأ علی وجه لا یصل إلیه و لا یهتدی إلیه لم یحرم الأخذ.

لکن فی الکفایه قرب العدم، و لعله للفرق بینها و بین البعیر و الدابه، باعتبار عدم العدو و عدم الامتناع عن الذئب و نحوه و عدم الصبر علی العطش کالبعیر، و لعل ذلک و نحوه وجه التردد فیها.

و أولی من ذلک التردد فی الثانی، و إن ألحقه الشیخ و الفاضل و الآبی و الکرکی و المقداد و فاضل الریاض علی ما حکی عن بعض بالبعیر.

لکن فی التحریر و المسالک و الکفایه قد قرب الجواز، بل قیل: إنه یقتضیه کلام الجماعه، إذ لا ریب فی عدم امتناع الحمار من الذئب، و من هنا استوجه بعض الناس التفصیل بین الأرض ذات الذئاب و غیرها، فیؤخذ فی الأولی دون الثانیه.

بل قیل: إن الحمار شابه البعیر فی الصوره و فارقه فی العله، لأنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه.

لاـ صبر له علی الماء، و ساوی الشاه فی العله لأنه لا یمتنع من الـذئب، و إلحاق الشـی ء بما ساواه فی العله و إن فارقه فی الصوره أولی من العکس، و إن کان فیه ما لا یخفی.

هذا و لکن قد یقال: إنه لا دلاله فی النصوص علی عدم جواز أخذ الدابه- فضلا عن غیرها- إذا کانت صحیحه و إن لم تکن فی کلأ و لا ماء، بل لعل ظاهر بعض النصوص (۱)خلافها، فلا وجه للإلحاق بالبعیر الذی

ورد فیه «لا تهجه»(۲)

و «خل عنه»(۳)

و نحو ذلک و قیاس غیر البعیر علیه خصوصا مثل البقره و الحمار کما تری.

اللهم إلاـ أن یقـال: إن صـحیح الجمیع بعـد إمکـان بقـائه و لو بالنسـبه إلی حـاله کصـحیح البعیر و إن اختلفـا فی الصبر و نحوه، فالمتجه جعل المدار فی الدواب المزبوره جمیعها علی وجود المعنی المستفاد من

«خفّه حذاؤه و کرشه سقاؤه»(۴)

فیهـا، فلاـ یجوز التعرض لهـا، و عـدمه فیجوز التقاطها، و یجری علیه حکمها، لا أنها بقول مطلق، کالبعیر المعلوم تفاوت ما بینه و بین الجـاموس مثلا و الحمار فی الصبر عن الماء و سـرعه العـدو و غیر ذلک کما هو واضـح، بل التفاوت بینه و بین الفرس ظاهر فی ذلک و غیره فضلا عن غیر الفرس.

بل فی التـذکره لا حظ الفحوی المزبوره فی المال الصامت قال: «إن الأحجار الکبار کأحجار الطواحین و الحباب الکبیره و قدور النحـاس العظیمه و شـبهها ممـا ینحفظ بنفسه ملحقه بالإبـل فی تحریم أخـذه، بـل هو أولی منه، لأن الإبل فی معرض التلف، إما بالأسد أو بالجوع أو العطش أو غیر ذلک، و هذه بخلاف تلک، و لأن هذه الأشیاء لا تکاد تضیع عن صاحبها و لا تخرج من

مکانها بخلاف الحیوان، فإذا حرم أخذ الحیوان فهذه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

أولی، و کذا السفن المربوطه فی الشرائع المعهوده لا یجوز أخذها، و الأخشاب الموضوعه علی الأرض، أما السفن المحلوله الرباط السائره فی الفرات و شبهها بغیر ملاح فإنها لقطه إذا لم یعرف مالکها».

قلت: هو لا یخلو من وجه، و إن کان یقوی أن جمیع ما ذکره مع فرض صدق اسم الضائع علیه و لو لنسیان مالکه أو غیر ذلک لقطه، إذ لا یعتبر فی صدقه سقوطه من المالک، و قد سمعت سابقا جریان اسم اللقطه علی الدار فی کلام بعض الأفاضل.

هذا و قد سمعت ما فی النصوص (۱)المزبوره من اعتبار الأمن، لکن لم أجد تصریحا به من الأصحاب، و لعله لا یخلو من وجه، ضروره مراعاه مصلحه المالک فی ذلک، و لا ریب فی عدمها مع فرض الخوف الذی لا تبقی معه البهیمه فی مرعاها، فلا یبعد جواز أخذها حفظا لمالکها.

بل لا یبعد جواز التقاطها مع فرض صدق اسم الضیاع علیها.

بل إن کان الخوف خوفا یخشی منه تلفها علی وجه لا ینتفع بها المالک کقتل أسد و نحوه یتأکد ذلک، إذ هی حینئذ کالشاه التی هی لک أو لأخیک أو للذئب، فتأمل جیدا.

و کیف کان فقد ظهر لک الحال من ذلک کله فی البعیر و ما ألحق به إذا کان صحیحا أو فی ماء و کلأ.

أما لو ترک البعیر من جهد فی غیر کلأ و ماء جاز أخذه، لأنه کالتالف، و یملکه (ملکه خ ل) الآخذ، و لا ضمان، لأنه کالمباح، و کذا حکم الدابه و البقره و الحمار إذا ترک من جهد فی غیر کلأ و ماء بلا خلاف صریح أجده بین القدماء و المتأخرین إلا ما فی الوسیله.

قال: «و إن ترکه صاحبه من جهد و کلال فی غیر کلأ و ماء لم یجز أخذه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه.

بحال» و لعله لإطلاق الأدله السابقه المقید بما سمعته من النصوص (۱)اللاحقه، خصوصا صحیح ابن سنان (۲)منها المشتمل علی الفلاه المفسره بالأرض التی لا ماء فیها أو القفر المفسر بالخلاء من الأرض، کما فسر المفازه بالقفر.

نعم قد یقال: إن ظاهر النص و الفتوی فی صوره الاعراض لا الضائع فی غیر الکلأ و الماء، و أما هو فلا یجوز أن یتملکه، بل یدفعه إلی السلطان أو یستعین به فی نفقته، فان تعذر أنفق و رجع إذا نواه، و حینئذ فالأقرب وجوب تعریفه سنه و جواز التملک بعد.

بل ربما کان فی التذکره بعض ذلک أیضا قال: «لو ترک دابه بمهلکه فأخذها انسان فأطعمها و سقاها و خلصها تملکها، و به قال اللیث و الحسن بن صالح و أحمد و إسحاق إلا أن یکون ترکها بنیه العود إلیها و أخذها، أو کانت قد ضلت منه- إلی أن قال فی الاستدلال علی ذلک-:

لأن مالکه نبذه رغبه عنه و عجزا عن أخذه، فیملکه آخذه، کالساقط من السنبل و سائر ما ینبذه الناس رغبه عنه و زهدا فیه».

فان قوله: «أو کانت قد ضلت» یدل علی عدم جواز تملکها بإحیائها إذا کانت قد ضلت منه و إن وجدت فی غیر کلأ و لا ماء، و لعله لأن النص (۳)و الفتوی بلفظ «ترک» الظاهر فی غیر الضائع.

نعم هی ظاهره فی کون المراد أن إحیاء الحیوان الذی هو فی غیر کلأ و لا ماء و قد أصابه الجهد و الکلال سبب لتملک الحیوان المزبور، سواء کان قد ترکه أو

أعرض، و إن کان ظاهر الصحیح (۴)منها التعرض لصوره الاعراض، إلا أنه غیر مناف لغیره مما ذکر فیه الترک الشامل له و لغیره مما یترک لحصول مزعج أو لأمر آخر من الأمور.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

نعم فی نسخه من الصحیح المزبور «نسیها» و لکن لا یناسب ما فیه من کونه کالشی ء المباح الظاهر فی إعراض المالک و جعله کالمباح، و إن کان قد یحتمل کون المراد کالمباح شرعا لا مالکا، إلا أن الأول أولی، لموافقته للنسخه المشهوره. نعم

قوله (علیه السلام): «من أصاب بعیرا فی فلاه»

قد یشعر بالالتقاط أو بما هو أعم منه.

بل أطلق فی الدروس علی الآخذ فی مفروض المسأله اسم الملتقط، کما أنه فی التنقیح جعل الصور الأربعه من صور الالتقاط.

و لکن یمکن إرادتهما معا من الالتقاط مطلق الأخذ، لا المعروف منه، خصوصا بعد اشتمال کلامیهما علی ما هو کالصریح فی عدم الالتقاط المصطلح. کما أن المراد من

الإصابه إصابه البعیر الموصوف بما وصف به المال.

إلا أن الانصاف مع ذلک کله وجود التشویش فی کلامهم، ضروره أن معقد البحث فی لقطه الحیوان التی لا تدخل فیها مسأله الإعراض الذی لا یشترط فیه الشرطان المزبوران، و دعوی شهاده الحال بحصوله معهما بخلاف الفاقد لهما ینافیهما اتحاد موضوع الترک المفروض فی خبری مسمع (۱)و السکونی(۲).

و أما الصحیح (۳)المزبور فالمعروف من نسخته «سیبها» و هو صریح فی الاعراض الخارج عما نحن فیه، بل لا یناسبه البحث فی الضمان و عدمه الذی ذکر بعض الناس أن فیه قولین، ضروره عدم الضمان معه فی التلف قطعا.

بل لا یناسبه الاشکال من العلامه فی خصوص رد العین لو جاء المالک، و ذکر منشئه من الصحیح المزبور و الاستصحاب و مما دل علیه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

فی نصوص اللقطه التی قد فرض البحث فی غیرها، فکلامهم هنا غیر منقح، و لا یبعد

أن یقال: إن الترک الموجب للتملک فی خبری السکونی و مسمع أعم من الاعراض.

إنما الکلام فی شموله للقطه، و قد ذکرنا احتماله سابقا إلا أنه لا ظن بإراده الأصحاب ذلک حتی یکون جابرا، لأن تعبیر المعظم «لو ترکه من جهد» و نحوه مما هو ظاهر فی غیر اللقطه. بل قد سمعت تصریح الفاضل فی التذکره.

بل فی الوسیله أیضا مقابله الضال للمتروک، و ذکر الحکم لکل منهما، فلا یبعد حینئذ بقاء حکم الضال علی التعریف و نحوه.

بل لعله کذلک أیضا لو کان ضالا صحیحا أو مجهودا فی کلأ و ماء، و لکنه مشرف علی التلف لا یبقی لصاحبه، نعم لو لم یکن ضالا ـ لم یجز تولیه إلا من قاعده الإحسان و الحسبه إن قلنا بجوازهما لغیر الحاکم، فتأمل جیدا، فإن المسأله غیر منقحه، و لکن ظنی أن من أحاط بجمیع ما ذکرناه مع التأمل یقف فیها علی حاصل.

و کذلک الکلام فی المجهود فی غیر کلأ ـ و لا ـ ماء و لکن لا ـ یستطیع واجده إحیاءه حتی یملکه به، و لم یکن الترک ترک إعراض، فان تملکه بأخذه حینئذ مشکل، کما یشکل تملک المتروک فی کلأ و ماء غیر ضال و کان مشرفا علی الهلاک، أو کان صحیحا فی غیر کلأ و ماء و صار کذلک، فتأمل جیدا، فإنه مما ذکرنا یمکن معرفه جمیع الصور فی المسأله.

و أما اعتبار الأمرین فی التملک ففی الریاض أن ظاهر الصحیح کالعباره و نحوها من عبائر جماعه و صریح آخرین اشتراطهما، أی الترک فی جهد و فی غیر کلأ و لا ماء معا، فلو انتفی أحدهما بأن ترک من جهد فی کلأ و ماء أو من غیر جهد فی غیرهما أو انتفی من کل منهما بأن ترک

من غير جهد فيهما لم يجز الأخذ، و عليه الإجماع فى ظاهر التنقيح و صريح الصيمرى.

و ربما يستفاد من بعض متأخرى المتأخرين ما يعرب عن كفايه أحدهما و لا ريب فى ضعفه مع عدم وضوح دليله.

قلت: قد سمعت ما يعلم منه الحال فى ذلك بناء على أن المسأله من باب الاعراض و على غيره، كما أنك قد سمعت معقد إجماع الصيمرى سابقا.

و أما التنقيح فقد ذكر الصور الأربعه و نسب الرابعه إلى المشهور، ثم حكى خلاف ابن حمزه فيها، و ظاهره أن الثلاثه لا خلاف فيها.

كما أنه لم أعرف ما حكاه عن بعض متأخرى المتأخرين المكتفى بأحدهما، نعم قد سمعت معقد إجماع الصيمرى الذى مقتضاه الاكتفاء بالكلأ أو الماء.

و قد ذكرنا هناك أنه يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، ضروره عدم الفرق بين الأرض الفاقده لهما معا و بين المشتمله على أحدهما خاصه، بل و المشتمله عليهما مع عدم تمكن البعير- مثلا لمرضه- من الانتفاع بهما أو بأحدهما و إن أطنب بعض الناس فى ذلك و جعل لكل حكما، لكن لا يخفى عليك ظهور النص و الفتوى فى إراده ما يتحقق به التلف إن لم يؤخذ.

و أما عدم الضمان فلا خلاف فيه و لا إشكال، ضروره ظهور الأدله فى تملكه المنافى للضمان معه، فما عن المفاتيح و الرياض من أن فى الضمان هنا قولين فى غير محله.

بل فى التنقيح الإجماع عليه، قال: «لو أخذ الجائز أخذه فهو له، و لا يجب عليه دفع القيمه مع التلف للمالك لو ظهر و إن أقام بينه و صدقه

الملتقط إجماعا».

نعم فی القواعد «فی رد العین مع طلب المالک إشکال» بل فی الإیضاح أنه الأقوی.

و لکن لا یخفی علیک أن الأصح عدم الرد، لأصاله بقاء الملک المتفق علی حصوله للآخذ، و إنما الکلام فی انفساخه بالطلب المزبور.

مضافا إلی ظهور الصحیح (۱)المزبور و غیره فی الملک اللازم فی صوره الاعراض و غیره، و به یخص

قول أبی جعفر (علیه السلام)(۲): «من وجد شیئا فهو له فلیتمتع به حتی یأتیه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إلیه»

بناء علی شموله لمثل المقام، إذ أقصاه کون التعارض بینهما من وجه، و لا ریب فی أن الترجیح للأول من وجوه، منها: الاستصحاب، و منها: التشبیه بالمباح، و منها: الصحه فی السند، و منها: استفاده الملک الاحیائی و غیر ذلک.

ثم إنه علی القول برد العین فلا إشکال فی عدم جواز المطالبه بما حصل منها من النماء کالولد و الصوف و اللبن و نحوها مما هو نماء ملکه و إن وجد عینه کما صرح به فی التنقیح، لأنه إن کان له تسلط فعلی فسخ العین خاصه، کالمبیع بالخیار.

و کیف کان فما نحن فیه غیر مسأله اللقطه، إذ قد عرفت أن مضمون النصوص المزبوره منه ما هو إعراض کالصحیح (۳)المراد منه وصف البعیر بما وصف به غیره، و منه الترک الذی هو أعم من الاعراض، إلا أنه غیر الضلال، و لعله لذا اتفقوا علی عدم الضمان هنا إلا النادر بخلافه فی الشاه الضاله کما تسمعه إنشاء الله تعالی، هذا کله فی الحیوان

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

الممتنع عن صغار السباع.

و أما الشاه الضاله فلا خلاف فی أنها إن وجدت فی الفلاه التی یخشی علیها فیها من التلف إن شاء أخذها الواجد، لأنها لا تمتنع من صغیر السباع فهی معرضه للتلف فکانت بحکم التالفه، بل فی التذکره نسبته إلی علمائنا، بل عن المهذب البارع و المقتصر و غایه المرام الإجماع علیه، بل عن ابن عبد البر إجماع العامه علی أن ضاله الغنم فی الموضع المخوف له أکلها مضافا إلی ما سمعته من النصوص (۱)الصحیحه و الحسنه.

و کذا لا خلاف أجده فی أن الآخذ بالخیار إن شاء ملکها و یضمن مطلقا حین النیه علی وجه یکون دینا من دیونه کما هو

المشهور، أو إذا جاء صاحبها و طالب، أو أنه یغرم له غرامه إذا جاء و طالب علی تردد و خلاف ستعرفه إنشاء الله تعالی و إن شاء احتسبها أمانه فی یده لصاحبها و لا ضمان، و إن شاء دفعها إلی الحاکم الذی هو ولی الغائب و منصوب للمصالح ل یفعل فیها ما یراه من المصلحه بأن یحفظها أو بیعها و یوصل ثمنها إلی المالک و إن نسبه بعض الناس إلی الأکثر مشعرا بالخلاف فیه، لکن لم أتحققه.

علی أنه موافق للقواعد العامه فی الأخیرین، ضروره الإحسان إلیه و الإیصال إلی نائبه، و کون ذلک حکم مطلق اللقطه حتی الأول الذی حکی الإجماع علیه فی المحکی عن المهذب، قال: «یجوز تملکها فی الحال من غیر تعریف بإجماع العلماء» کالمحکی فی التحریر من إجماعهم أیضا علی جواز أکلها فی الحال.

نعم فی المقنعه و النهایه و محکی المراسم «أنه یأخذها، و هو ضامن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه.

لقیمتها من غیر تصریح بالمطالبه و لا بالملک» و عن المبسوط و السرائر بل و الوسیله «له أن یأکلها علی أن تکون القیمه فی ذمته إذا جاء صاحبها ردها إلیه» و عن الإیضاح «أنه یغرم إذا وجد و طلب».

و لعل مراد الجمیع الملک أیضا لما سمعته من النصوص المقتضیه له من

قول: «هی لک أو لأخیک أو للذئب»(۱)

مضافا إلی ما سمعته من نصوص مطلق اللقطه(۲).

و أما عدم الضمان علیه فی الثانی و الثالث فمع أنه مقتضی قاعده الأمانه و الإیصال إلی الولی قد حکی علیه الإجماع هنا فی الإیضاح و المسالک و غایه المرام، لکن الظاهر اعتبار مصلحه المالک فی ذلک، فمع فرض عدمها یتجه بیعها و حفظ ثمنها، و یتولی الحاکم ذلک، لعدم ثبوت ولایه للملتقط علیه، مع احتماله، بل جزم به فی التحریر، لأنه أولی من أکلها.

و حیث تکون المصلحه فی بقائها ینفق علیها بنیه الرجوع إن شاء مع تعذر الحاکم و إلا رفع أمره إلیه علی نحو ما سمعته فی نفقه اللقیط، لاحترام النفس فی کل منهما.

هذا و الأشهر بل المشهور الضمان فی الأول، بل لم أجد مصرحا بعدمه، بل و لا

من یظهر منه ذلک عدا ما عن مقنع الصدوق و رساله والده من التعبیر بمضمون

النصوص (۳)«إذا وجدت الشاه فخذها، فإنما هی لک أو لأخیک أو للذئب».

و عن المقتصر أنه قواه، و فی الکفایه و لعله أقرب، لمکان اللام فی الروایات الصحیحه، و نحوه فی المفاتیح، و قد سمعت ما عن الإیضاح

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ و ۵ و ۷.

من الغرامه إذا وجد و طلب، و عنه و عن أبی العباس أن الفرق بین الضمان و الغرامه الثبوت فی الذمه فی الأول قبل مجی ء المالک و مطالبته، و أما الغرامه فتطلق علی معنی شامل لها و للضمان و علی معنی خاص، و هو ما یتجدد عند المطالبه، و تظهر الثمره فی وجوب الوصیه به، و تعلقه بالترکه إن لم یجی ء المالک.

و الحاصل أنه یکون مدیونا علی الأول، و علی الغرامه تتوقف هذه الأحکام علی مطالبته، فلو مات قبلها لم تجب فی ترکته، و لا یکون مدیونا.

و کأن الذی ألجأه إلی ذلک ظنه عدم اجتماع الضمان مع کون الشی ء مملوکا له، و تعلیق الضمان فی بعض النصوص (۱)و الفتاوی علی مجی ء المالک و مطالبته مع أنه لیس من أسباب الضمان، فلا وجه حینئذ إلا الغرامه.

و فیه أنه لا مانع من تملکه بقیمته، علی معنی الولایه له علی إدخاله فی ملکه بالنیه علی نحو ما یقع من الولی فی مال المولی علیه، فیکون حینئذ شبه القرض الذی یملک عینه بعوض فی ذمته، بل هو کاد یکون صریح ما ورد(۲)فی السفره الملتقطه من الأمر بأکلها مقوما لها علی نفسه.

و من ذلک یظهر لک عدم المنافاه بین کونه ملکا له و انفساخه إذا طلب المالک مع وجود العین، للنصوص (۳)المصرحه بذلک، و إلا فالقیمه فی ذمته.

و ربما احتمل انکشاف عدم التملک بمجی ء الصاحب و مطالبته، لکنه خلاف ظاهر النصوص و الفتاوی. و علی کل حال فلا منافاه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه.

بل لا منافاه أيضا بين الضمان على الوجه المزبور و بين مفاد اللام فى

قوله (صلى الله عليه و آله): «هى لک»

كما أومأ إليه

الصحيح المروى عن قرب الاسناد(۱)«عن رجل أصاب شاه فى الصحراء هل تحل له؟

قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): هى لک أو لأخيک أو للذئب، فخذها و عرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردها إلى صاحبها، و إن لم تعرف فكلها و أنت لها ضامن إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردها».

و الظاهر إراده ضمان ردها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها، فالشرط للرد، لا لأصل الضمان حتى يكون من قبيل الغرامه.

بل الظاهر سوق الشرط المزبور مساق الغالب، لا أنه يراد منه مفهومه فيقضى بعدم الرد إن لم يجى ء المالک، مع احتماله فى

صحيح على ابن جعفر(۲)عن أخيه موسى (عليه السلام) «سألته عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابه كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنه، فان لم تعرفها جعلها فى عرض ماله حتى يجى ء طالبها فيعطيها

إياه، و إن مات أوصى بها، و هو لها ضامن».

و لعل المراد منه ضمانها مع نيه التملک لها أو التصرف بها. و المراد بالوصيه بها الوصيه بقيمتها، نحو ما سمعته من قوله: «يردها» فى الصحيح الأول، فيكون حينئذ شاهدا أيضا لما عرفته من الضمان، و أنه على معنى شغل الذمه به، نحو القرض. و لكن يؤديه للمالک إذا جاء، و إن آيس منه كان له حكم مجهول المالک.

بل يمكن القطع بإراده المعنى المزبور من الصحيح بملاحظه غيره من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

نصوص اللقطه(۱)المعبر فیه بنحو ذلک علی إراده المعنی الـذی ذکرنا کما لا یخفی علی من لاحظها، فالمسأله حینئـذ خالیه عن الاشکال.

مضافا إلی ما قیل من أنه مال الغیر، و لم یوجد دلیل ناقل عن ضمانه، و إنما المتفق علیه جواز التصرف فیه، فیبقی

عموم «علی الید»(۲)

و نصوص أدله رد المال الملقوط إلی صاحبه، نحو

«من وجد شیئا فهو له، فلیتمتع به حتی یجی ء طالبه، فإذا جاء طالبه رده إلیه بحاله»(۳).

و لا ینافی ذلک

قوله (صلی الله علیه و آله): «لک»(۴)

إلی آخره المراد به الانتفاع به، نحو

قوله (صلی الله علیه و آله): «للذئب»

أو أنه ملک غیر مستقر و لا لازم، کسائر الأموال الملقوطه التی ورد فیها فی

الصحیح (۵)«فان جاء له طالب و إلا فهی کسبیل مالک»

مع الإجماع علی وجوب رده أو قیمته إلی مالکه.

بـل لعـل الشـاه من المال الملقوط الـذی هو معقـد الإجماع و إن کان ذلک کله أو أکثره محلا للنظر، إلا أن فیما تقـدم الکفایه، سیما مع عدم دلیل معتد به علی عدم الضمان، سوی الأصل المقطوع بما مر، و ظهور اللام فی التملیک المنافی له الذی

قد سبق جوابه، و صحیح ابن سنان (۶)المتقدم الذی هو فی الاعراض.

و ما فی الریاض- من دفعه بعدم القول بالفرق بین الأصـحاب- واضح الفساد، ضـروره معلومیه الفرق بین الاعراض و بین اللقطه، بل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه.

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

و بينها و بين ملك المتروك من جهده فى غير كلأ و لا ماء الذى هو غير ضال.

و لـذلك قـد عرفت نـدره القول بالضـمان فيه، بـل حكى الإجمـاع على عـدمه، بخلاـف المقـام الـذى إن لم يكن الإجماع على ضمـانه، فلاـ ريب فى كونه المشـهور، بـل الإجمـاع محصـل على وجوب رد ثمنه لو جـاء المالـك، بخلاف الأول و إن تردد فيه العلامه، لكن قد عرفت ضعفه.

كما إنك قد عرفت ما يعلم منه ضعف الاستدلال بمفهوم

صحيح صفوان (۱)السابق «من وجد ضاله فلم يعرفها فهى لربها»

ضروره كونه بعد تسليم إراده كونها لغير ربها بعد التعريف- مع أنه فاسد من وجوه- لا ينافى كونها مضمونه عليه و إن

صارت ملكا له، كما عرفته مفصلا، بل الظاهر عـدم جواز فسخه نفسه الملك بعـد أن نواه بقيمته و إرجاعه أمانه، لعـدم الـدليل القاطع للاستصحاب.

ثم إن الظاهر مما سمعته من النصوص (۲)السابقه وجوب تعريفها، بل فى بعض (۳)تعريف سنه، مضافا إلى

قوله (عليه السلام) فى خبر المدائنى (۴): «لا يأكل الضاله إلا الضالون إذا لم يعرفوها»

و الشاه أظهر أفرادها إن لم ينحصـر المصداق فيها، كالدابه فى الصحيح السابق (۵)الذى يمكن استفاده حكم الشاه منه، حتى إذا قلنا بكون المراد منها غيرها، لعدم الفرق بين أفراد الضاله، بل لعل ذلك هو الأصل فى كل لقطه.

و لا ينافى ذلك تملكها فى الحال و التصرف فيها بإتلاف عينها، لأن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث- ۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث- ۴.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث- ۱۳.

ثمره التعريف حينئذ غرامه القيمه، و الأوصاف يمكن حفظها و الشهاده عليها.

و لعله لذلك و غيره جعل فى التحرير الوجه وجوب التعريف كغيرها و تبعه غير واحد ممن تأخر عنه.

لكن يحتمل فى كلامه اختصاص ذلك بما إذا أراد حفظها لا الأعم منه و من التملك و التصرف فيها، إلا أنه خلاف الظاهر بل و الدليل، ضروره أنه مقتضى الجمع بين ما دل على تعريفها و بين ما دل على التصرف فيها و التملك فى الحال من النص و الإجماع.

هذا و لكن فى جامع المقاصد «و هل يجب تعريف الشاه المأخوذه من الفلاه؟ قال فى التذكره: الأقرب العدم، لظاهر

قوله (صلى الله عليه و آله): «هى لك»

فان المتبادر منه تملكها من غير تعريف؛ و ليس تقييده بالتعريف أولى من تقييد دليل التعريف بما عدا الشاه، و هذا قوى متين».

قلت: بل هو المحكى عن بعضهم فى صغار الإبل، إلا أنه لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه من عدم توقف التمليك عليه، للإجماع فى محكى المهذب و غيره الذى يشهد له التتبع.

و من الغريب ما فى الرياض من تحرير محل النزاع فى التملك قبل التعريف، قال: «و هل له التملك قبل التعريف سنه؟ قيل: لا، للاستصحاب و عموم الأمر بالتعريف فى اللقطات، و قوى جماعه العدم، لإطلاق الصحاح بالملك من دون تقييد له به مع ورودها فى مقام الحاجه، و به يخص عموم الأمر المتقدم مع الاستصحاب، مع أنه لا عموم له، بل غايته الإطلاق الغير المنصرف بحكم التبادر و سياق جل من النصوص المشتمله عليه إلا إلى لقطه الأموال غير الضوال» إلى آخر ما ذكره.

و فيه ما عرفت من الإجماع بقسميه على التملك و التصرف فيها في الحال.

و خبر قرب (۱)الاسناد- مع أنه ظاهر في غير تعريف اللقطه الذي لا يختص بموضع الالتقاط المفروض كونه في موضع البحث الفلاه- محمول على ضرب من الندب و الاحتياط و كذلك الصحيح الآخر(۲)لمعارضتهما بما هو أقوى منهما من إجماعي المهذب و التحرير المؤيدين بالتتبع لكلام الأصحاب و بظهور قوله (صلى الله عليه و آله): «هي لك» و نحوه و ظهور قولهم بالتخيير حين الالتقاط، لا بعد تعريف سنه المقتضي لكون الشاه كغيرها من المال الصامت، فلا ينبغي أن يجعل قسما مستقلا عنه، على أنه مناف لمصلحه المالك لو أراد الإنفاق عليها و الرجوع

عليه، فإنه قد يستغرق أضعاف قيمتها، و الله العالم.

و كيف كان فالمشهور كما في المسالك و غيرها أن في حكمها أي الشاه كل ما لا يمتنع من صغير السباع كأطفال الإبل و البقر و الخيل و الحمير و غيرها حتى الدجاج و الإوز، بل عن التذكره نسبته إلى علمائنا، و إن كان ما عثرنا عليه من عبارتها ليس بتلك الصراحه، لكن يؤيده أن أساطين الأصحاب كالشيخ و سلار و الحلي و الفاضلين و الشهيدين قد صرحوا بذلك.

نعم جزم بالعدم في الكفايه و المفاتيح، و عن الآبي و أبي العباس الاقتصار على جواز الأخذ، بل قال ثاني الشهيدين و المقدس الأردبيلي و الخراساني: إن الإلحاق قياس.

و لكن فيه منع واضح، ضروره ظهور

قوله (صلى الله عليه و آله)(۳):

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۱۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۵.

«خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه»

مع

قوله (صلى الله عليه و آله): «هى لك أو لأخيك أو للذئب»

فى كون المدار على الامتناع و الاستغناء حتى يأتى صاحبه و عدمهما، فليس هو قياسا ممنوعا.

و لعله مما عرفت قال المصنف على تردد خصوصا بعد معلوميه مذهبه من عدم حجيه منصوص العله، فلا يلحق حينئذ، و يكون حكمه حكم لقطه المال الصامت، و لم نره لأحد ممن تقدمه، نعم تبعه عليه بعض من تأخر عنه.

و التحقيق خلافه فى المقام، خصوصا بعد اعتضاد ذلك بفتوى المعظم، و خصوصا بعد اعتباره الفحوى المزبوره فى الدابه و غيرها.

بقى شى ء: و هو أنه فى الإرشاد بعد أن ذكر الشاه كما ذكر الأصحاب و ألحق بها صغار الممتنعات قال: «و لو أخذ غير الممتنع فى الفلاه استعان بالسلطان، فان تعذر أنفق و رجع مع نيته على رأى».

و مقتضاه أنه قسم آخر غير الشاه و ما ألحق بها، و لم نعرفه لغيره كما اعترف به شارحه المقدس الأردبيلى. و عن بعض المحشين تفسيره بنحو البعير المريض و الأعرج لكن صاحبه لم يتركه بل ضل عنه.

و فيه أن ذلك بحكم الشاه أيضا مع فرض عدم امتناعه كما أوضحناه سابقا، و الله العالم.

و لا يؤخذ الغزلان و اليحامير و ما شابهها إذا ملكا ثم ضلا بلا خلاف أجده فيه التفاتا إلى عصمه مال المسلم، و لأنهما يمتنعان عن السباع بسرعه العدو و يستغنيان بالرعى فى الفلاه، فأشبهت البعير الذى خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه فى ذلك، فألحقت بالحكم، للفحوى المزبوره التى ألحق بها غير ذلك مما عرفت من الدواب.

نعم قيده الفاضل فى التذكره بما إذا لم يخف الواجد لها عجز مالكها

عن استرجاعها أو ضياعها عن مالكها و إلا جاز التقاطها، معللا له بأن تركه أضيع له منه، و المقصود حفظها لصاحبها لا حفظها فی نفسها، و إلا لم يجز التقاط الدينار مثلا، فإنه محفوظ حيث كان.

و مقتضاه حينئذ جواز التقاط البعير الضال إذا خيف تلفه على مالكه و إن كان صحيحا أو فی كلأ و ماء مجهودا، فضلا عما إذا تحقق التلف عليه لو بقی، كما أومأنا إليه سابقا.

لكن فی الدروس اقتصر على الأخير، قال: «و لا يجوز التقاط الممتنع بعدوه كالظباء و الطيور، سواء كانت فی الصحراء أو العمران، إلا أن يخاف ضياعها، فالأقرب الجواز، لأن الغرض حفظها لمالكها لا حفظها فی نفسها، و إلا لما جاز التقاط الأثمان، لأنها محفوظه فی نفسها حيث كانت، و ينسحب الاحتمال فی الضوال الممتنعه، كالإبل و غيرها، و جوز الفاضل التقاط ذلک كله بنيه الحفظ، و حمل الأخبار الناهيه عن ذلک على الأخذ بنيه التملک، و فی المبسوط جعل الأخذ للحفظ من وظائف الحكام، و على الجواز فالظاهر أنه يرجع بالنفقه إذا نوى الرجوع و تعذر الحاكم، و حينئذ الأقرب وجوب تعريفه سنه و جواز التملک بعده، و هو ظاهر ابن إدريس و المحقق، و لم أقف على قول بالمنع من التعريف و التملک، و على هذا يتجه جواز الأخذ إذا كان بنيه التعريف و التملک بعد الحول، و يحرم إذا كان بنيه التملک فی الحال، و عن علی (عليه السلام)(۱)فی واجد الضاله إن نوى الآخذ الجعل فنفقت ضمنها، و إلا فلا ضمان عليه، و فيه دليل على جواز أخذها، و قال الفاضل بجواز أخذ الآبق لمن وجده، و لا نعلم فيه خلافا، و لا يضمن لو تلف بغير تفريط، و منع من تملكه بعد التعريف، لأنه يتحفظ بنفسه كضوال الإبل، و فيه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۹- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

إشعار بعدم جواز تملك الضاله، و هو حسن فى موضع المنع من أخذها» إلى آخره.

و نقلناه بطوله لاشتماله على ما هو محل للنظر، كما ستعرف.

قال فى التذكره: «الأقرب عندى أنه يجوز لكل أحد أخذ الضاله، صغيره كانت أو كبيره، ممتنعه عن السباع أو غير ممتنعه بقصد الحفظ لمالكها، و الأحاديث الوارده فى النهى عن ذلك محموله على ما إذا نوى بالالتقاط التملك إما قبل التعريف أو بعده، أما مع نيه الاحتفاظ فالأولى الجواز، كما أنه لا يجوز للإمام (ع) و لا لنائبه أخذ ما لا يجوز أخذه على وجه التملك».

و هو كالصريح فى خلاف ما فرعه عليه فى الدروس من التفصيل بين نيه التملك فى الحال أو بعد التعريف، بل هو ظاهر فى أن ذلك قسم آخر غير الالتقاط، و هو الاستيلاء على مال الغير بقصد الحفظ.

و لعل هذا هو الذى قوى فى محكى المبسوط و السرائر عدم جوازه لغير الامام (عليه السلام) و نائبه، بل لعله لا يخلو من قوه، لأنه المتيقن مما دل فى الشرع على كونه ولى الحفظ عن الغائب دون غيره، و آيه الإحسان (۱)لو أخذ بظاهرها لاقتضت فقها جديدا لا ينطبق على مذهب الإماميه، فالمتجه جعل الميزان لها ما اعتضد بفتوى الأصحاب، و على تقدير الجواز فهو أمر آخر غير اللقطه لا تعريف له و لا تملك بعده و لا قبله.

و منه يعلم ما فى تفريعه و ما فى حكايته عن ظاهر ابن إدريس و المحقق، و أنه لم يقف على قول بالمنع من التعريف و التملك، مع أن الفاضل فى التحرير قال: «لو وجدها فى موضع يخاف عليها منه مثل أن يجدها فى

۱- ۱ سوره النحل: ۱۶- الآيه ۹۰.

أرض مسبعه يغلب على ظنه افتراس الأسد لها إن تركها على حالها أو قريبا من دار الحرب يخاف عليها منهم أو فى بريه لا ماء لها و لا مرعى فالوجه جواز أخذها للحفظ و لا ضمان، فإذا حصلت فى يده دفعها إلى الامام (عليه السلام) و نائبه، و لا يملكها بالتعريف، نعم ورد الشرع بذلك فيها» إلى آخره. و إن كان هو لا يخلو من نظر أشرنا إليه سابقا، و هو قوه جريان حكم الالتقاط عليها، لفحوى ما هو كالتعليل للمنع فى البعير المقتضى لجواز الالتقاط مع انتفائه، فيجرى عليه

حينئذ حكم لقطه الضال الذى عرفته فى الشاه.

و منه يعلم ما فى الدروس من النظر فى التفصيل المزبور إن كان مراده فى هذا القسم، ضروره كونه حينئذ من لقطه الضال الجائزه كالشاه و ما ألحق بها، و قد عرفت أن له تملكها و التصرف فيها فى الحال و إن وجب التعريف كما سمعته مفصلا.

أما ما رواه (۱)عن على (عليه السلام) فقد عرفت عدم عامل به ليكون جابرا له.

و أما ما دل عليه من جواز الأخذ فهو مفروغ منه فى غير مقام المنع الذى قد عرفته مفصلا.

كما أن ما ذكره فى الآبق لا مدخليه له فى الالتقاط، ضروره عدم ضياعه، و إنما هو هارب عن سيده و جواز أخذه و عدم ضمانه قد استفيدا من النصوص التى لا مدخل لها هنا. و كذا الجعل عليه كما قدمناه فى محله، فأى مدخليه للتعريف فيه.

فتلخص من ذلك كله أنه لا إشكال فى عدم جواز التقاط ما دل على المنع كالبعير و ما ألحق به فى الحالين السابقين.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۹- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

و هل يجوز فيها أخذه لا بعنوان الالتقاط؟ الأقوى عدم جوازه، لإطلاق أدله المنع من النهى عن الهيجان (۱)و الأمر بالتخليه عنه (۲)و على تقديره فليس لقطه قطعا، نعم لو فرض كونه بحال لا يبقى لصاحبه و لا يجديه خفه و حذاؤه زائدا على الاحتمال المتعارف فى المال الضائع لم يبعد جواز التقاطه و جريان حكم اللقطه عليه، و هو ما سمعته فى الشاه، لمفهوم فحوى التعليل.

و منه يعلم صحه تقييد الفاضل موضوع مسأله المقام بالوجهين، و لعل اقتصاره فى الدروس على الأخير منهما للاكتفاء به مثالا لا لإراده خصوصه.

هذا كله فى الضاله فى الفلاه التى قد سمعت بعض الكلام فى تفسيرها.

و فى التنقيح «ما ليس بعامر، أى الذى فيه قرى مسكونه أو أهل طنب قاطنون».

و فى جامع المقاصد «العمران ما بين البيوت سواء كانت بيوت أهل الأمصار و القرى و أهل الباديه- إلى أن قال-: و أهل المزارع و البساتين المتصله بالبلد، و لا تنفك غالبا من الناس من العمران، و حينئذ فالفلاه ما عداه».

و فى الوسيله و محكى المبسوط إلحاق ما يتصل بالعمران بنصف فرسخ به فى الحكم.

و عن الصحاح و القاموس و مجمع البحرين الخراب ضد العمران، و العماره ضد الخراب، و أن المعمور هو المأهول.

و حينئذ فالمراد بالفلاه المقابله به هو غير المأهول، و لذا قابلها

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۵.

المصنف بقوله و لو وجد الضوال فی العمران الذی هو المأهول- و مرجعه إلی العرف لا- إلی نصف فرسخ، فإنه ربما یکون کذلک و ربما یکون أزید أو أنقص. و بالجمله هی لیست فی فلاه یخشی علیها التلف من صغار السباع، بل هی مأمونه من هذه الجهه، فمتی کانت کذلک- لم یحل أخذها ممتنعه کانت کالإبل أو لم تکن کالصغیر من الإبل و البقر کما فی المتن و غیره.

بل حکی غیر واحد الشهره علیه، بل عن التذکره نفی الخلاف فیه إلا مع خوف التلف و النهب.

بل ینبغی القطع به فی الممتنع، ضروره أولویته من الفلاه الممنوع إهاجته فیها، و لذا نفی الشبهه فیه فی المسالک.

أما غیر الممتنع فهو محفوظ لمالکه، لأن الفرض عدم الأمن علیه فیها، بل لعل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «خفه حذاؤه»

- إلی آخره- الذی هو تعلیل لعدم الجواز أو کالتعلیل یقتضی ذلک أیضا.

مضافا إلی إشعار

قوله (صلی الله علیه و آله)(۲): «لک أو لأخیک أو للذئب»

به أیضا، ضروره عدم الذئب غالبا فی العمران، بل و إلی أصاله عدم جواز الاستیلاء علی مال الغیر الذی لا یقطعه استفاده الاذن من نصوص اللقطه المنصرفه لغیر الضاله.

و أما

قوله (علیه السلام)(۳): «الضوال لا یأکلها إلا الضالون إذا لم یعرفوها»

فلیس مساقا لبیان جواز التقاط کل ضاله، فیمکن کون المراد منه بیان حکم جواز ما یلتقط منها.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۴.

و کذا صحیح صفوان (۱)و صحیح علی بن جعفر(۲)المتقدمان سابقا المشتملان علی بیان وجوب تعریف الضاله، لا علی بیان جواز التقاط کل ضاله فی عمران و غیره.

بل و کذا

خبر البزنطی (۳)«سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن الرجل یصید الطیر الذی یسوی دراهم کثیره و هو مستوی الجناحین و هو یعرف صاحبه أ یحل له إمساکه؟ قال: إذا عرف صاحبه رده علیه، و إن لم یکن یعرفه و ملک جناحه فهو له، و إن جاءه طالب لا یتهمه رده علیه».

بل هو ظاهر فی الحکم بکون الصید مباحا مع عدم معرفه مالک له، فلا لقطه فیه أصلا.

و حینئذ فما فی محکی المبسوط- من أنه إذا کان فی العمران و ما یتصل به إلی نصف فرسخ أو أقل له أخذه سواء کان

ممتنعه أو غیر ممتنع و مثله فی الوسیله- لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرناه الذی منه یفهم ما عساه یستدل به له، و قد عرفت جوابه.

و حینئذ فالمتجه علی هذا ضمان الآخذ له، و عدم الرجوع بالنفقه علی نحو ما سمعته فیمن أخذ البعیر الضال، حیث لا یجوز له أخذه، إذ هو کالغاصب، لعدم الإذن الشرعیه و المالکیه، فلا یجری علیه حکم الالتقاط.

لکن فی المسالک بعد أن جزم بعدم جواز أخذ غیر الشاه قال:

«یجب مع أخذه کذلک تعریفه سنه، کغیره من الأموال عملا بالعموم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

و يحفظه لمالكه أو يدفعه إلى الحاكم من غير تعريف».

و فيه أن أدله التعريف فى غير المفروض الذى هو مغصوب أو كالمغصوب، سيما بعد كون التعريف مقدمه لجواز تملكه المعلوم عدمه هنا، و لذا لم أجد أحدا ذكره فى من التقط البعير و ما ألحق به مما عرفت عدم جواز التقاطه.

نعم يتجه جريان حكم الضاله عليها فى صوره الجواز التى أشار إليها الفاضل فى التذكره، و هى حاله الخوف عليها من التلف زائدا على احتماله فى اللقطه من حيث كونها كذلك، لحصول ما يقتضى ذلك من مرض أو غيره، فإنه حينئذ يجوز التقاطها، نحو ما سمعته فى البعير لفحوى

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «خفه حذاؤه»

إلى آخره

و قوله (صلى الله عليه و آله)(۲): «لك أو لأخيك أو للذئب».

و الظاهر حينئذ تخييره بين الأمور الثلاثه المتقدمه فى التقاط الشاه فى الفلاه، و يجب التعريف و إن تصرف فيها فى الحال، كما سمعته هناك.

و من ذلك يعلم ما فى دعوى جواز أخذه فى الفرض من كونه على وجه الحسبه، ضروره أنك قد عرفت كونه لقطه لا حسبه، نعم أخذه فى مقام المنع بنيه الحفظ إن قلنا بجوازه فيها كذلك، لكن قد عرفت أن الأقوى عدم جوازه لغير الحاكم، و على تقديره فلا يجرى عليه شى ء من حكم اللقطه، كما تقدم الكلام فيه مفصلا.

و من ذلك- مضافا إلى ما تقدم فيمن أخذ البعير حيث لا يجوز أخذه- يظهر لك أنه

لو أخذها أى الضوال فى العمران كان بالخيار بين إمساكها لصاحبها أمانه مضمونه و عليه نفقتها من غير رجوع بها نحو العين المغصوبه و بين دفعها إلى الحاكم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۵.

الـذی هو ولی الحفـظ للغـائب، کمـا صـرح به الفاضل و أبو العباس و ثانی الشـهیدین و غیرهـم علی ما حکی عن بعضـهم، و هو شاهـد علی مـا ذکرنـاه سابقـا من عـدم وجوب الـدفع إلی الحـاکم علی من أخـذ البعیر فی مقـام المنع و إن کان ظاهرهم هناک ذلک.

و ربما علل بأنه ولی، و فیه ما عرفت من أنه یجوز له تولی حفظ مال الغائب لا ولی ذاته.

و من هنا یتجه عـدم وجوب القبول علیه، خصوصا إذا لم تکن مصـلحه للغائب فی ذلک باعتبار تعلق خطاب الرد بالآخذ، و ربما احتـاج إلی مئونه و خطـاب الإنفـاق و غیر ذلک مما یکون قیام الآخـذ به مصـلحه للغائب، اللهم إلا أن یفرض المصـلحه للغائب بقبض المال من الآخذ و تکلیفه بالأحکام المزبوره.

ثم إن قول المصـنف کالتذکره و غیرها: «أمانه» قد یشـعر بعدم الضمان، و فیه منع واضح، بعد اتفاقهم علیه فی من أخذ البعیر فی صوره المنع، علی أنه مقتضی

عموم «علی الید»(۱)

و غیره.

بل قد ذکرناه هنا قوه احتمال عدم براءته منه مع التسلیم للحاکم الذی هو ولی الحفظ و إن کان ظاهرهم هناک ذلک.

بـل لاـ یخفی علیـک بعـد الإحاطه بما ذکرناه ما فی المتن و التحریر من أنه لو لم یجـد حاکما أنفق و رجع بالنفقه و إن علل بأنه حینئذ محسن، و قد تعذر علیه المالک و ولیه، فصار مأمورا من الشارع الذی به یزول التبرع.

و لکن فیه أنه غاصب لا محسن مکلف بالحفظ الذی یتوقف علی الإنفاق.

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی- ج ۶ ص ۹۵.

بـل فی المسالـک «یرد مثله فی النفقه قبل الوصول إلی الحاکم و المالک، فإنه مأمور بها أیضا شـرعا و جانب العـدوان مشترک» إلی آخره.

و قوله فی الوسیله و محکی المبسوط: «هو بالخیار بین أن ینفق علیها تبرعا أو

یرفع خبرها إلی الحاکم» مع أنه غیر ما نحن فیه مبنی علی ما ذهبنا إلیه من جواز الالتقاط، فیتجه فیه حینئذ نحو ما سمعته منهم فی نفقه اللقیط.

و کذا ما فی النهایه «من وجد شـیئا مما یحتاج إلی النفقه علیه فسبیله أن یرفع خبره إلی السلطان لینفق علیه من بیت المال، فان لم یجـد و أنفق هو علیه کـان له الرجوع علی صـاحبه بمـا أنفق هو علیه». و نحوه فی المقنعه فإنه إن لم یفرض فی مقام الجواز کانا مطالبین بدلیله، بل الأدله علی خلافه.

بل قـد عرفت فی اللقیط ما یعلم منه النظر فی اعتبار الرفع إلی الحاکم فی الرجوع، خصوصا بعـد عدم جواز الإنفاق علیه من بیت المال المعد للمصالح التی لیس منها ذلک بعد أن کانت النفقه علی المالک، فلا حظ و تأمل جیدا کی تعرف ضـعف ما حکیناه هناک عن ابن إدریس من عدم الرجوع بالنفقه فی صوره الجواز و تعذر الحاکم، و ستسمع مثله فیما یأتی.

لکنه علی کل حال هو غیر ما نحن فیه من عدم جواز الالتقاط کما ستعرف إنشاء الله تعالی.

و لیس فی الدروس هنا بعد أن ذکر حکم الشاه فی العمران إلا قوله:

«و هل یلحق بها غیرها؟ قال فی المبسوط: ما کان فی العمران و ما یتصل به علی نصف فرسـخ من الحیوان یجوز أخذه ممتنعا أو لا، و یتخیر الآخـذ بین الإنفاق تطوعا أو الـدفع إلی الحاکم، و لیس له أکلها، و منع الفاضل من أخذها فی العمران عدا الشاه، إلا أن یخاف علیه النهب أو

التلف. و قال فی النهایه: إذا أخذ شیئا یحتاج إلی النفقه رفع خبره إلی السلطان لینفق علیه من بیت المال، فان تعذر أنفق و رجع، و إن کان له ظهر أو در أو خدمه کان بإزاء ما أنفق، و أنکر ابن إدریس رجوعه إذا کان النفقه فی الحول لتبرعه، و جوز الفاضلان الرجوع، و أوجبا المقاصه» إلی آخره.

و لم یختر شیئا فیما نحن فیه و إن حکی عنه ذلک، نعم کلامه غیر محرر، حیث إنه لم یفرق بین ما جاز التقاطه و لم یجز، کما سمعت الکلام فیه، و ما حکاه عن ابن إدریس و غیره إنما هو فی الجائز مطلقا، هذا کله فی غیر الشاه.

و أما إن کان الضال فی العمران شاه ففی

خبر ابن أبی یعفور(۱)عن الصادق (علیه السلام) قال: «جاء رجل من أهل المدینه فسألنی عن رجل أصاب شاه قال: فأمرته أن یحبسها عنده ثلاثه أیام و یسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و إلا باعها و تصدق بثمنها»

و إلیه أشار المصنف بقوله و إن کان شاه حبسها ثلاثه أیام، فان لم یأت صاحبها باعها الواجد و تصدق بثمنها.

و هو و إن کان ضعیفا و غیر خاص بالعمران إلا أنه منجبر بفتوی الأساطین کالشیخ و الحلی الذی لا یعمل إلا بالقطعیات و الفاضلین و الفخر و الشهیدین و أبی العباس و المقداد و الکرکی علی ما حکی عن بعض، بل نسبه غیر واحد إلی الشهره، بل إلی الأصحاب مشعرا بالإجماع.

بل فی الریاض «قد حمله الأصحاب علی المأخوذ من العمران» و ظاهرهم الإطباق علی العمل بها، و إطلاقه مقید بالنصوص المعتبره المشتمله علی حکمها فی الفلاه المقابله للعمران، فتعین المراد بها فیه، کما هو واضح.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۶.

فوسوسه بعض متأخرى المتأخرين فيه حينئذ فى غير محلها، بل الظاهر عدم اعتبار الحاكم و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد، إلا أن النص و الفتوى خاليان عن ذلک، و احتمال أن ما وقع من الصادق (عليه السلام) من الاذن خلاف الظاهر.

نعم الظاهر عدم وجوب البيع إذا أراد حفظها، و عدم وجوب التصدق بثمنها لو أراد حفظه لصاحبه فرارا من الضمان الذى صرح به الفاضل و أبو العباس و المقداد و ثانى الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعضهم و إن تردد فيه فى الكفايه.

لكن فيه أنه لا إشعار فى الخبر المزبور و لا فى الفتاوى بجواز الأخذ فبقى حينئذ على الحرمه، كما صرح به الفاضل و غيره.

و حينئذ فالعين فى ضمانه على تقديرى البيع و عدمه، و إن كان ضمانه الثمن مع فرض عدم إجازه المالک الصدقه، و إلا فمع رضاه بها لا ضمان، كما صرح به غير واحد، منهم الشهيد فى الدروس.

لكن قال فيها متصلا بذلک: «و هل له تملكها مع الضمان؟ جوزه ابن إدريس و له إبقاؤها بغير بيع. فيكون أمانه و كذا ثمنها».

و فيه ما لا يخفى بعد ما عرفت من كونه عاديا لا يجوز له الأخذ.

و كذا ما فى القواعد من الصدقه بالثمن مع ضمانه، أو حفظه و لا ضمان و إن حكى أيضا عن أبى العباس و ثانى الشهيدين، لأن البيع جائز، فيكون مأذونا شرعا فى قبض الثمن.

و لكن فيه أن جواز البيع لا ينافى حرمه الأخذ التى هى السبب فى الضمان، نعم لو قلنا بجواز الأخذ اتجه عدم الضمان للعين و للثمن مع عدم التصرف به.

و على كل حال فلا وجه للتعريف، لعدم تناول أدله التعريف لمثلها

كغيرها من اللقطه الغير الجائزه، و على تقديره فظاهر الخبر(۱)المزبور كون التعريف على الوجه المذكور.

فما عن أبى العباس من التعريف طول الحول فى غير محله و إن قال ليس له تملكه بعد الحول، بل و كذا ما فى القواعد من أن فى الصدقه بعينها أو قبل الحول إشكالا، بل عن الفخر و أبى العباس اختيار عدم الصدقه بعينها وقوفا على النص.

و لكن الذى يقوى الجواز، لعدم ظهور الفرق خصوصا مع عدم وجود المشترى.

و أما الصدقه بالثمن قبل الحول فان كان مراده هل يجوز بيعها قبل الحول و التصدق بثمنها أو يجب تعريفها سنه ثم يبيعها و يتصدق بثمنها فلا ريب فى أن الأصح الأول، ضروره عدم إشاره فى النص و الفتوى إلى التعريف المزبور، بل ظاهرهما أو صريحهما خلافه، و خصوصا بعد أن قلنا بعدم جواز الالتقاط، فلا يجرى عليه حكمه، و احتمال أنه و إن كان محرما يجرى عليه حكمه، لإطلاق ما دل عليه يدفعه منع شمول الإطلاق للغرض كما لا يخفى على من لاحظه.

و كذا إن كان المراد هل تجوز الصدقه بالثمن قبل التعريف حولا، لعين ما عرفته أيضا، بل لو كان مشروطا بالتعريف حولا كان تركه فى النص المزبور كتأخير البيان عن وقت الحاجه.

و دعوى أنه أقرب إلى وصول المال إلى مستحقه و إلى الاحتياط يدفعها أنها كالاجتهاد فى مقابله النص، و كذا دعوى وجوبه لو أراد بقاءها عنده كما عن أبى العباس.

نعم ظاهر

قوله (عليه السلام)(۲)فيه: «و يسأل عن صاحبها»

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۶.

وجوب التعريف ثلاثه أيام، مع أنه ربما يظهر من الأكثر عدم وجوبه أيضا، و على تقدير التعريف فالظاهر ضـمان العين عليه، لأن يده عاديه.

فمـا فى التحرير و المسالـك و الروضه و محكى المهـذب و المقتصـر من كونها أمانه فى غير محله، و ليس له التملك بعـده لما عرفت.

ثم إن الضاله حيث يجب تعريفها يعتبر فيها زياده قيمتها على الـدرهم و إلا لم يجب، أو يجب التعريف مطلقا؟ قد اسـتظهر بعض الناس الثانى و يأتى إنشاء الله تعالى ما يعرف منه حقيقه الحال، و الله العالم.

و كيف كـان فظاهر المبسوط أنه يجوز التقاط كلب الصـيد، و يلزم تعريفه سـنه ثم ينتفع به إذا شاء، و يضـمن قيمته قال فيه: «إذا وجد رجل كلبا فإنه يعرفه سـنه، فان لم يجى ء صاحبه بعد السـنه فله أن يصـطاد به، فان تلف فى يده ضـمنه، لأن كلب الصيد له قيمه» فإن الاذن فى الانتفاع مع ضمانه دليل على جوازه، و إلا كان عاديا لا يجوز له التملك مع الضمان.

كمـا أن قوله: «لأـن له قيمه» يقتضـى عـدم الفرق بينه و بين غيره من الكلاب و إن كان هو متفقا على جواز بيعه المقتضـى لكونه مالا بخلاف غيره، كما تقدم الكلام فيه فى محله.

و من هنـا قـال الفاضـل فى قواعـده: «يجوز التقـاط الكلاـب المملوكه و يلزم تعريفهـا سـنه ثم ينتفع به إن شـاء، و يضـمن القيمه السوقيه».

نعم قـد يناقش فيه بأن المتجه عدم جواز التقاطه فى الفلاه فضـلا عن العمران، لكونه من الممتنع المسـتفاد من الفحوى المزبوره، بل هو أولى من غيره بذلك. و لعله لذا منعه فى التذكره و التحرير.

اللهم إلاـ أن يفرض تحقق تلفه أو خوفه زائـدا على الاحتمـال الحاصل فى الضائع من حيث كونه كـذلك، فيجوز حينئـذ التقاطه كما احتمله فى

الدروس، للفحوى المزبوره أيضا، بل يتجه جريان حكم الشاه فيها كما عرفت الكلام فيه مفصلا، و الله العالم.

[الثانى فى الواجد]

الثانى فى الواجد و يصح أخذ الضاله فى مقام الجواز لكل بالغ عاقل حر مسلم عدل إجماعا أو ضروره.

أما الصبى و المجنون فقطع الشيخ (رحمه الله) فيهما بالجواز أيضا فى لقطه المال الذى هو كالضاله لأنه على كل حال اكتساب يصح وقوعه منهما. و لكن ينتزع ذلك الولى منهما كغيره مما هو فى أيديهما من المال و يتولى هو التعريف عنهما سنه إذ لا وجه لتأخيره إلى البلوغ و الإفاقه، لاقتضائه ضياع المال على مالكه بعد معلوميه عدم اعتبار المباشره منه، و لأنه من توابع اكتسابهما.

فان لم يأت مالك ف فى القواعد «تخير مع الغبطه فى إبقائها أمانه و تملكه مع التضمين» و لم أجده لغيره، فيمكن تنزيله على ما لا ينافى المشهور من أنه إن كان الغبطه (۱۱) لهما فى تملكه و تضمينه إياها فعل (۱۲) ذلك الولى و إلا أبقاها أمانه (۱۳) و هو يتولى حفظها أو يدفعها إلى الحاكم.

و على كل حال فلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك و إن كان نسبه جواز التقاطهما إلى الأكثر فى المسالك و غيرها مشعرا به، نعم قد تشعر نسبته فى المتن إلى الشيخ بذلك.

فما فی المفاتیح من أنه یشترط فی الملتقط أهلیه الاکتساب عند قوم، و أهلیه الحفظ عند آخرین و إحداهما عند الثالث فی غیر محله.

و کأنه استعذب التعبیر بذلک عما ذکره أولا فی المسالک من أن «مبنی الخلاف فی هذه المسأله و ما بعدها علی أصل، و هو أن اللقطه فیها معنی الأمانه و الولایه و الاکتساب، أما الأمانه و الولایه ففی الابتداء فان سبیل الملتقط سبیل الأمناء فی مده التعریف لا یضمن المال إلا بتفریطه، و الشرع فوض إلیه حفظه، کالولی یحفظ مال الصبی، و أما الاکتساب ففی الانتهاء، حیث إن له التملک بعد التعریف، و أما المغلب منهما ففیه وجهان: أحدهما معنی الأمانه و الولایه، لأنهما ناجزان و الملک منتظر، فیناط الحکم بالحاضر و یبنی الآخر علی الأول، و الثانی معنی الاکتساب، لأنه مآل الآمر و مقصوده، فالنظر إلیه أولی، و لأن الملتقط مستقل بالالتقاط، و آحاد الناس لا یستقلون بالأمانات إلا بائتمان المالک و یستقلون بالاکتساب، فإذا اجتمع فی الشخص أربع صفات: الإسلام و الحریه و التکلیف و العداله فله أن یلتقط و یتملک إجماعا، لأنه أهل الأمانه و الولایه و الاکتساب، و إن تخلف بعضها بنی علی اعتبار ما ذا، و جاء فیه الوجهان» إلی آخره.

لکن لا یخفی علیک أنه علی طوله لا حاصل له، ضروره اعترافه هنا و فی الکافر بعدم نقل خلاف فیه فی الجواز، و أولی منه عدم اعتبار العداله، و کذا فی العبد الذی لم یحک فیه الخلاف إلا عن أبی علی لخبر أبی خدیجه(۱)کما ستعرفه، فما أدری موقع هذه المقدمه التی ذکرها.

علی أن اللقطه منها ما لا تعریف فیها، بل یملکها الواجد لها، و منها ما فیه ذلک إلا أنه لم یعتبر أحد فیه المباشره.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

كما أنه لا إشعار فى شى ء من النصوص بتوقف التملك بعد الحول على كون الملتقط أهلا للأمانه و الولايه، بل و لا صحه الالتقاط، خصوصا بعد ملاحظه طر الجنون مثلا على الملتقط.

و كان هذا هو السر فى الاتفاق ظاهرا على جواز التقاطهما و إن كان ظاهر نصوص اللقطه فى الملتقط القابل للتصدق و التعريف و الحفظ، إلا أنه ليس ظهور اشتراط فى صحه الالتقاط على وجه يتوقف جريان أحكامه على كونه كذلك ابتداء أو و استدامه، بل فى لقطه الخربه و نحوها الذى وجد المال أحق به، و لا ريب فى اندراجهما فيه، و لا قائل بالفصل، بل و لا وجه له، ضروره عدم الفرق بعد

صلاحيتهما للالتقاط و عدم اعتبار المباشره فى الأمانه و التعريف.

كل ذلك مضافا إلى عدم اكتساب فى الالتقاط قابلان له، ضروره عدم كونه كالاحتطاب و الاحتشاش و نحوهما مما هو سبب للحيازه الموجبه للملك من كل من حصلت منه، بخلاف الالتقاط الموقوف تكسبه على نيه التملك بالقيمه، شبه القرض الذى لا يحصل فيهما، و لا عموم فى الالتقاط على وجه يشملهما إلا ما ذكرناه فى قسم مخصوص، بل ظاهر سوق نصوصه فى خصوص المكلفين.

و بذلك يظهر لك ما فى المسالك من الاستدلال على الجواز بالعموم و التشبيه بالاحتطاب، كما أنه ظهر لك عدم وقع لما ذكره من المقدمه التى فى آخرها أيضا ما فيه، بل و غير ذلك.

بل و عدم حاصل لما سمعته من المفاتيح إلا عذوبه عباره، و إلا فلم نجد فى المقام أقوالا ثلاثه مبنيه على ما ذكر.

فالتحقيق حينئذ الجواز، لما عرفت مع ضميمه عدم الخلاف فى المسأله الذى لولاه لأمكن المناقشه فى صحه التقاطهما ما فيه التعريف و نحوه مما لا

ینکر ظهور النصوص فی کونه مکلفا، و لا أقل من أن یکون ذلک هو المذکور فیها، فیبقی غیره علی أصاله المنع، نحو ما سمعته فی التقاطهما الإنسان.

علی أنه لا ینکر ظهور النصوص فی أن خطاب التعریف علی الملتقط و إن جاز له الاستنابه، لا أن الملتقط شخص و المخاطب بالتعریف شخص آخر، کما فی المقام الذی ذکروا فیه أن الخطاب به للولی، و أن نیه تملیکهما بالقیمه فی ذمتهما منه، و أنه المخاطب بالحفظ علی وجه إن لم ینتزع المال من یدها یکون ضامنا، لأنه مفرط، إلی غیر ذلک مما لا ینطبق علی القواعد العامه، و لا إشعار فی نصوص اللقطه به، بل ظاهرها خلافه، فلیس حینئذ إلا ما سمعت.

و کأنه إلی بعض ما ذکرنا أشار فی الریاض، فإنه بعد أن ذکر أنه لا معنی لإراده ما یقابل الحرمه من الجواز المعلوم أنه من صفات المکلفین قال: «و یتعین الثانی، أی تترتب أحکام اللقطه علیه من الملک و الصدقه بها بعد التعریف و غیرهما، و لا دلیل علیه، لاختصاص النصوص المثبته لأحکام اللقطه المزبوره بالمکلف بحکم التبادر و تضمنها الأمر بالحفظ أو التصدق أو التملک، و لا یتوجه إلی غیره، فالحکم بالجواز مشکل بعد اقتضاء الأصل العدم- ثم قال-: و یمکن أن یقال: إن وجه الاشکال المزبور مقتض لاعتبار الأهلیتین معا، و لیس هو لأحد قولا، فیکون الإجماع مخالفا، فینبغی ترجیح أحد الأقوال الثلاثه علی تقدیر ثبوتها، و لا ریب أن المشهور منها أولی، لما عرفت من عدم مخالف صریح فیه أو کونه نادرا» إلی آخره.

و إن کان لا یخفی علیک بعض ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرناه أیضا مما یصلح دلیلا غیر الشهره المزبوره، و الله العالم.

و فی التقـاط العبـد من دون إذن مولاه تردد ینشأ من الأصل بعـد ظهور مساق النصوص فی غیره و خبر أبی خـدیجه(۱)الذی هو هنا سالم بن مکرم کما فی الفقیه و بقرینه روایه أحمد بن عائذ عنه إلا أن فی عدالته بحثا

عن الصادق (علیه السـلام) «سأله المحاربی عن المملوک یأخـذ اللقطه، فقال: ما للمملوک و اللقطه، لا یملک من نفسه شـیئا فلا یتعرض لهـا المملوک، ینبغی للحر أن یعرفها سـنه فی مجمع، فان جاء طالبها دفعها إلیه و إلا کانت فی ماله، فان مات کان میراثا لولده و لمن ورثه، فان لم

یجی ء لها طالب کانت فی أموالهم هی لهم، إن جاء طالبها دفعوها إلیه»

إلی آخره، و عدم قابلیه العبد للتملک الذی تضمنته النصوص و الفتاوی.

و من أنه أهـل للأمـانه و عـدم ظهور النصوص فی اعتبار الحریه و إن اشـتملت علی ما لا ینطبق إلا علیها من التملک و نحوه، إلا أنه یمکن تنزیله علی مـا إذا کـان الملتقـط کـذلک لا أنه معتبر فی أصل الالتقاط، إذ هی أحکام تعـذر بعضـها أو کتعـذر بعض أفراد التخییر.

و لعله لذا قال المصـنف أشبهه الجواز وفاقا للمشهور، بل ظاهر التذکره الإجماع علیه، بل لم یحک فیه الخلاف إلا من أبی علی، کمـا اعترف به غیر واحـد، بـل لم یتردد فیه أحـد قبـل المصـنف، نعم تبعه علیه فی الـدروس، و لا ریب فی ضـعفه لأن له أهلیه الحفظ و الائتمان شرعا بل و الاکتساب و إن کان لسیده، بل له أهلیه سائر الخطابات الشرعیه.

و خبر أبی خـدیجه(۲)لو قلنـا بصـحته موهون بمصـیر مـا عـدا ابن الجنیـد إلی خلافه، و روایه الفقیه له أعم من العمل به، بل فی کشف الرموز

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

حكايه الجواز عنه فيه، فلا بأس بحمله على ضرب من الكراهه التى صرح بها غير واحد، هذا خلاصه ما ذكروه فى المقام.

إلا أن التأمل هنا و فيما تقدم لهم فى اللقيط يقتضى جواز التقاطه مع إذن مولاه، بل فى التذكره نسبته إلى علمائنا.

لكن ذكر غير واحد منهم هناك أنه يكون السيد حينئذ هو الملتقط، فيلزمه حكم الالتقاط، و هو كذلك لو كان إذن استنابه، أما إذا كانت رفع حجر فالمتجه كونه هنا هو الملتقط، و يلزم حينئذ بالحفظ و التعريف نحو الاذن له فى قبول الوديعه، و عدم قابليته للتملك لا يرفع غيره من أحكام اللقطه، و لا وجه لرجوع ذلك إلى السيد بعد أن كان الملتقط غيره.

اللهم إلا أن يثبت أن كل ما يكون للعبد لو كان حرا يكون للسيد على وجه يشمل المقام، و لم يحضرنى الآن ما يقتضى ذلك.

ثم إنه ذكر أيضا غير واحد هناك أن تعقب الاذن كابتدائها، و لنا فيه نظر. نعم لو كان المال باقيا فى يده فأذن له على الوجه الذى عرفت يجرى عليه حكم الالتقاط من حين الاذن على الوجه الذى عرفت.

أما لو صرح بعدم الاذن له بعد التقاطه فالمتجه حينئذ دفعه إلى الحاكم بعد تعذر التعريف عليه و الحفظ بتصريح السيد بعدم الاذن، و الفرض تقدم حقه على حق غيره، و ليس التقاط العبد فاسدا حتى يكون المال فى يده كما كان فى الأرض، بل التقاطه صحيح و لكن تعذر عليه التعريف و الحفظ، فيكون كحر تعذر عليه ذلك و لو الاستنابه، فليس إلا الدفع إلى الحاكم.

نعم لو نهاه من أول الأمر عن الالتقاط أمكن فساد التقاطه على وجه لا يكون ليده احترام، فحينئذ يكون فيها كما هو على الأرض مع

احتمال الإثم فی الالتقاط، و وجوب الدفع إلی الحاکم، و لیس لأحد انتزاعه من یده.

و بذلک ظهر لک أن التقاط العبد یکون علی وجوه: مع الاذن سابقا أو لاحقا، إذن استنابه أو رفع الحجر، و مع النهی، و لکن لم یحرروا موضع الخلاف مع أبی علی فی أی حال، إلا أن الأمر سهل بعد وضوح الحال.

و سیأتی فی لقطه المال ما له مزید تحقیق لذلک إنشاء الله تعالی، کما أنه یأتی هناک بیان حکم المبعض.

أما المکاتب فالظاهر عدم وقع للخلاف فیه، ضروره قابلیته للائتمان و التملک و إن کان یأتی أیضا تحقیق ما لو عاد إلی الرق فی الأثناء.

نعم لا فرق بین القن و المدبر و أم الولد فیما ذکرناه من الحکم، لکن فی کشف الرموز جواز التقاط الأخیرین کالمکاتب بلا تردد، و هو کما تری، و الله العالم.

و هل یشترط الإسلام؟ الأشبه بأصول المذهب و قواعده أنه لا یشترط وفاقا لجمیع من تعرض له من الأصحاب، بل اعترف فی المسالک بأنه لم ینقل فیه خلاف، و لعله لاندراجه فی نصوص اللقطه لکونه أهلا لجمیع ما تضمنته من التعریف و الإبقاء أمانه و التملک بالقیمه و غیر ذلک.

و أولی منه بعدم الاشتراط العداله للأصل و غیره، کما تقدم فی اللقیط فضلا عن المقام، و ما تسمعه من اعتبار الائتمان علی التعریف فی لقطه الحرم محمول علی ضرب من الندب.

نعم الظاهر عدم جوازه للمرتد عن فطره، لعدم قابلیته للتملک، و فی جامع المقاصد «لو التقط بنی علی أنه لو حاز المباحات هل تنتقل إلی

ورثته أم لا؟ فيجوز انتزاعها من يده لكل أحد، فمهما حكم به هناك يأتى مثله هنا».

قلت: قد تقدم فى محله أولويه عدم قابليته لابتداء التملك من الاستدامه، و الله العالم.

[الثالث فى الأحكام]

اشاره

الثالث فى الأحكام و هى مسائل:

[المسأله الأولى إذا لم يجد الآخذ سلطانا ينفق على الضاله أنفق من نفسه]

الأولى:

إذا لم يجد الآخذ سلطانا ينفق على الضاله من بيت المال أو يأذن له فى ذلک و كان هو قد اختار حفظها للمالک و لو لعدم مشتر بالقيمه مثلا- أو غير ذلک أنفق من نفسه بلا خلاف أجده فيه، بل قال بعضهم. إنه طفحت به عباراتهم من دون تأمل و لا خلاف.

بل فى جامع المقاصد «لا ريب فيه لوجوب الحفظ، و لا يتم إلا به، بل قيل أيضا: إنه طفحت عباراتهم بأن السلطان إذا وجد رفع أمره إليه، و أنفق عليه من بيت المال، و صرح به فى المقنعه و النهايه و السرائر و النافع و التحرير و اللمعه و المهذب و المقتصر و المسالک و الروضه».

قلت: قد تقدم فى اللقيط ما يعلم منه النظر فى المقام الذى لم يذكروا فيه الاستعانه بالمسلمين مع فقد الحاكم المنفق التى ذكروها هناک.

كما أنه لم يذكروا فيهما استئذان عدول المؤمنين مع فقد الحاكم، بل

لم يحرروا أن الواجب على الحاكم أو المسلمين التبرع بذلك أو الإنفاق و لو مع نيه الرجوع.

و قد عرفت عدم الدليل على الأول، بل ظاهر الأدله خلافه، و الثانى لا يقتضى وجوب رفع أمره إلى الحاكم بعد أن كان هو أمينا على الحفظ الذى لا يتم إلا بذلك كالودعى.

و لعل خلو نصوص (۱)الرجوع بالنفقه فى ملتقط الطفل عليه من الحاكم و غيره شاهد على ما ذكرناه، إذ الظاهر عدم الفرق بين نفقه الضاله و اللقيط بعد أن كان كل منهما نفسا محترمه و الملتقط مكلف بحفظهما معا.

و فى

صحيح أبى ولاد(۲)«جعلت فداك قد علفته بدراهم فلى عليه علفه، فقال (عليه السلام): لا، لأنك غاصب».

و مقتضاه رجوع غير الغاصب بما ينفق.

و على كل حال ففى المتن و غيره أنفق و رجع به بل هو المشهور، لكن مع نيه الرجوع أو مع عدم قصد التبرع به، كما حققنا ذلك فى اللقيط.

لكن عن الفخر هنا أنه متى أوجب الشارع النفقه أو أمره المالك أو الحاكم فشرط رجوعه عدم قصد التبرع، و يكفى فيه البناء على الأصل و إن لم توجد هذه الثلاثه و لا واحد منها و جازت النفقه شرعا و لم تكن من إذن المالك أو الحاكم فلا بد فيه من قصد نيه الرجوع، و إلا فلا رجوع له.

و فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما قدمناه سابقا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۷- من كتاب الإجاره- الحديث ۱.

و كيف كان فقد قيل و القائل ابن إدريس:

لا يرجع لأن عليه الحفظ، و هو لا يتم إلا بالإنفاق و لفظه المحكى عنه «الذى ينبغى

تحصيله فى ذلك أنه إن كان انتفع بذلك قبل التعريف و الحول وجب عليه أجره ذلك، و إن كان انتفع بلبنه وجب عليه رد مثله، و الذى أنفقه عليه يذهب ضياعا، لأنه بغير إذن من صاحبه، و الأصل براءه الذمه، و إذا كان بعد التعريف و الحول لا يجب عليه شى ء، لأنه ماله».

و لم أجد من وافقه على ذلك، بل فيه ما لا يخفى من محال النظر، خصوصا الحكم بكونه ماله بعد التعريف و الحول، مع أن المعلوم عدم دخوله فى ملكه قهرا، بل إن شاء تملكه بقيمته فعل، فيأتى البحث حينئذ مع عدم الاختيار. بل و كذا قوله: «يذهب ضياعا» إلى آخره، ضروره منافاته لقاعده الضرر و الضرار و قاعده الإحسان.

و من هنا كان الوجه الرجوع دفعا لتوجه الضرر بالالتقاط المقتضى للتقاعد عن الالتقاط المضر باللقطه و مالكها، و الوجوب مسلم لكنه مجانا ممنوع، بل لعل الإذن المستفاده من أمر المالك الحقيقى بالحفظ أولى منها فى الوديعه و نحوها مما صرحوا بوجوب الرجوع مع نيته أو مع عدم نيه التبرع.

كل ذلك مضافا إلى النصوص (۱)المتقدمه فى اللقيط التى منها يستفاد الحكم فى المقام، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب اللقطه.

[المسأله الثانیه إذا کان للقطه نفع کاللبن کان ذلک بإزاء ما أنفق]

المسأله الثانیه:

إذا کان للقطه نفع کالظهر و اللبن و الخدمه قال الشیخ فی النهایه: کان ذلک بإزاء ما أنفق و لعله لخبر السکونی (۱)المتقدم فی کتاب الرهن فی العین المرهونه

عن الصادق (علیه السلام) «إن الظهر یرکب، و الدر یشرب، و علی الذی یرکب و یشرب النفقه إذا کان مرهونا».

و صحیح أبی ولاد(۲)عنه (علیه السلام) أیضا «و إن کان الذی یعلفها فله أن یرکبها».

و صحیح ابن محبوب (۳)المتقدم سابقا فی اللقیطه «و لکن استخدمها بما أنفقت علیها».

إلا أن الأول فی المرهون الذی هو غیر ما نحن فیه، و لا دلاله فیه علی المعاوضه التی ذکرها الشیخ- کالصحیحین- علی وجه

ترفع به الید عن القواعد المعلومه المقرره المستفاده من العقل و الکتاب و السنه و الإجماع.

و من هنا قیل: ینظر فی النفقه و قیمه المنفعه و یتقاصان فلا یظلم أحدهما الآخر.

و لا ریب فی أنه هو أشبه بأصول المذهب و قواعده و لذلک کان هو خیره جمیع من تأخر عن المصنف.

نعم فیه أن المقاصه مشروطه بشروط ذکرناها مفصله فی کتاب القضاء، و لکن لم نر أحدا اعتبر شیئا منها هنا، بل فی الروضه ظاهر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب الرهن- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب الرهن- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۴.

النص و الفتوى جواز الانتفاع لأجل الإنفاق سواء قاص أم جعله عوضا، بل فى الروضه نفى الخلاف عنه، و هو كذلك، و لعله لظاهر النصوص المزبوره، و الله العالم.

[المسأله الثالثه لا تضمن الضاله بعد الحول]

المسأله الثالثه:

لا تضمن الضاله بعد الحول على وجه تكون ملكا له بقيمتها إلا مع قصد التملك بالقيمه و حينئذ ف لو قصد حفظها لا تملكها لم يضمن إلا مع التفريط أو التعدى بلا خلاف و لا إشكال، لأنها حينئذ أمانه و حكمها كذلك.

نعم لو قصد التملك بالقيمه ثم نوى الاحتفاظ لم يزل الضمان للأصل، فهى حينئذ باقيه على ملكه و عليه قيمتها، للاقتصار على فسخ ذلك بمجى ء المالك و طلبه لها.

و لكن لو قصد الحفظ ثم نوى التملك لزم الضمان الذى هو بمعنى كون قيمتها فى ذمته و صيروره العين ملكا له، لإطلاق ما دل على جواز ذلك، و ليس اختياره إذا الحفظ أولا مقتضيا لعدم جواز التملك له، كما هو واضح.

هذا و فى التذكره «لو قصد الملك ضمن، فان نوى الحفظ بعد ذلك لم يبرأ من الضمان، لأنه قد تعلق الضمان بذمته، كما لو تعدى فى الوديعه، و لو قصد الحفظ ثم نوى التملك لزمه الضمان من حين نيه التملك».

و كأن ما فى المسالك هنا مأخوذ منه، قال: «حيث جاز الالتقاط فالعين فى يد الملتقط أمانه مع قصد التعريف، فلو قصد التملك بدونه

ضمن لعدوانه، كما لو نواه بالوديعه، و كذلك لو نوى التملك بعد التعريف المعين، لانتقالها إلى ملكه حينئذ على وجه الضمان بناء عليه، و لا يزول الضمان مع التملك بنيه عدمه، سواء كان قبل تمام التعريف أم بعده، أما الأول فلأن نيه العدوان لا تزول إلا برده إلى مالكه، كما لو تعدى بالوديعه ثم نوى الحفظ، و أما الثانى فلأن ملكه لا يزول عن العين بذلك، فيستمر ضمان العوض».

قلت: بعد تسليم كونه نيه التملك فى غير محلها توجب الضمان، باعتبار كونها خيانه مقتضيه لانقطاع الإذن الشرعيه على نحو اقتضائها انقطاع الاذن المالكيه فى الوديعه، لا يتم فيما نحن فيه بناء على ما ذكرناه من عدم ضاله عندنا لا يجوز تملكها إلا بعد الحول حتى الكلاب الأربعه، فلا يتصور فيه حينئذ ضمان الخيانه، ضروره أن له نيه التملك فى أثناء الحول و إن وجب عليه التعريف لغرامه القيمه لو كان قد أتلف العين، نعم يتصور ذلك فيما لا يجوز تملكه إلا بعد الحول، فلو قصده قبله كان خيانه على نحو الوديعه، و لعلهما بنيا ذلك على القول به أو فى خصوص الكلاب عند القائل، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا وجد مملوكا بالغا أو مراهقا لم يؤخذ و كان كالضاله الممتنعه]

المسأله الرابعه قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه إذا وجد مملوكا بالغا أو مراهقا لم يؤخذ و كان كالضاله الممتنعه المحفوظه لصاحبها التى قد عرفت عدم جواز التقاطها، فمن فحوى دليلها يستفاد العدم، بل لعله أولى.

و من هنا لو كان صغيرا لا يمنع الآفات عن نفسه

جاز أخذه كما يجوز أخذ الصغير الممتنع.

و فى المتن هـذا حسن، لأنه مـال معرض للتلف لكن قـد سلف له سابقـا إطلاق جواز التقاط المملوك ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا.

و فى المسالك «تفصيل الشيخ بالفرق بين الكبير و الصغير إنما يحسن إذا لم يخف على الكبير الذهاب على مالكه بالإباق، و إلا اتجه جواز أخـذه إن لم نوجبه، لأنه و إن كان منحفظا بنفسه لكنه غير منحفظ على مالكه، فكان كالمال الضائع الذى يخاف تلفه فى نفسه، و أما الصغير فان كان غير مستقل بـدفع المؤذيات عن نفسه فلا إشكال فى جواز التقاطه، بل وجوبه، و إن كان مميزا يقـدر على الـدفع عن نفسه فالأظهر إلحاقه بالكبير، و قد أطلق المصنف كالشيخ جواز أخذه من غير أن يتعرض لجواز تملكه و عدمه، و فيما سبق صرح بعدم تملكه، و قد تقدم البحث فى ذلك».

قلت: قـد ذكرنـا الكلام فى ذلـك، لكن نقول هنا: إن العمـده فى عـدم جواز التقاط الكبير الفحوى المزبوره التى لها قـد ألحقوا بالبعير غيره كما عرفته مفصلا، إلا أنه مع عـدم تماميته فى الكبير الـذى لا يـدفع الآفات عن نفسه لجنون أو خبل أو نحوهما كما أومأنا إليه سابقا قد يفرق بينهما بالاختيار الذى يخشى من سوئه إتلاف نفسه على سيده بخلاف البعير و نحوه.

نعم لو فرض كون العبـد مثلا عاقلا عالما بتكليفه عاملا به مسارع فى إيصال نفسه إلى سيده قد يشكل التقاطه، لما هو أولى من الفحوى المزبوره، أما إذا لم يكن كـذلك فلا مانع من ملاحظه جهه الماليه فيه، فيلتقط و إن كان لا يتملك كتمليك اللقطه، بل يجب حفظه و تعريفه أو إيصاله إلى الحاكم.

لکن کل ذلک بعد تحقق وصف الضیاع فیه علی وجه یدخل فی موضوع اللقطه. و ربما کان فی الصحیح (۱)المزبور شهاده علی ما

ذکرناه، بل منه یمکن أن یخرج عن مقتضی الفحوی المزبوره حتی فی العاقل المزبور، فلا حظ و تأمل جیدا، و الله العالم.

[المسأله الخامسه من وجد عبده فی غیر مصره لم یدفع إلیه]

المسأله الخامسه:

من وجد عبده أو دابته مثلا فی غیر مصره فی ید آخر ملتقط أو غیره فأحضر فیه من شهد علی شهوده بصفته فان فرض إمکان انطباقها علی وجه یقتضی التشخیص دفع إلیه و إلا لم یدفع إلیه، لاحتمال التساوی فی الأوصاف و حینئذ یکلف إحضار الشهود إن أراد أخذه لیشهدوا بالعین کی یستحق انتزاعها.

و لو تعذر إحضارهم لم یجب علی من فی یده حمل العبد إلی بلدهم خصوصا إذا کان علی ظاهر الملکیه له و لا بیعه علی من یحمله إلیها، لعدم ثبوت حق علیه. و (۱۱) لکن لو رأی الحاکم ذلک صلاحا (۱۲) فی مثل العبد الملتقط و نحوه إذا رجع أمره إلیه جاز (۱۳) حینئذ.

و فی المسالک التعبیر عن المعنی المزبور «و لا یجب حمل العبد إلی بلد الشهود علی وصفه لیشهدوا علی عینه، لأن الحق لم یثبت بعد علی المتشبث، فلا یکلف نقل ماله بغیر إذنه، و لا علی بیعه علی المدعی أو غیره لیحمله إلی الشهود، لتوقف البیع علی رضا البائع إلا ما استثنی،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۴.

إلاـ أن يرى الحاكم صلاحا فى أحد الأمرين، و يرى جوازه كذلك، فله حينئذ أن يأمر به، و خالف فى ذلك بعض الشافعيه، فجوز للحاكم بيعه من المدعى، و يقبض الثمن و يضعه عند ثقه أو يكفله، فان حكم للمدعى به بطل ورد الثمن إليه، و إلا فالبيع صحيح».

قلت: لاـ سبيل للحاكم فى التكليف فيهما مع فرض كون العبد على ظاهر ملكيه المتشبث، و ما حكاه عن بعض الشافعيه إن كان المراد منه فعل الحاكم ذلك قهرا على المالك فهو من الغرائب، و أغرب منه لو كان مراده ذلك فى صوره الصلاح، ضروره اعتبار مراعاه القوانين الشرعيه فى ما للحاكم فعله.

و كيف كان ف لو تلف قبل الوصول أو بعده و لم تثبت دعواه ضمن المدعى قيمه العبد و أجرته إذا كان قد قبضه على وجه يكون مضمونا عليه كذلك، و إلا فلا وجه للضمان، كما هو مقتضى إطلاق المصنف بل و المسالك.

قال: «و حيث يرى الحاكم صلاحا فى حمله فهو مضمون على المدعى، فان تلف قبل الوصول أو بين يدى الحاكم و لم تثبت دعواه لزمه القيمه و الأجره، و حينئذ فللمتشبث الامتناع إلا بكفيل على العين أو القيمه و الأجره».

قلت: و فيه أيضا أن الامتناع المزبور مشروط بما إذا لم يكن من رأى الحاكم عدم ذلك، اللهم إلا أن يقال: إن وجه الضمان بعد إراده الحمل بيد المدعى

عموم «على اليد»(۱)

نحو ضمان المقبوض بالسوم، فتأمل جيدا.

و على كل حال فالذى تقتضيه القواعد العامه ما ذكرناه، دون

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

ما قیل من احتمال جواز الحکم بالصفات و إن لم یشخص، لدعاء الضروره إلی ذلک، أو احتمال ذکر القیمه دون الصفات؛ أو احتمال سماع البینه و لا یحکم عاجلا، بل ینتظر اتفاق اجتماع الشهود علی عینه، و فائدته نفوذ الحکم معجلا موقوفا تمامه علی شهاده الشهود بالعین، بخلاف الأول الذی یتوقف الحکم علی شهود العین.

و تظهر الفائده فیما لو تعذر الحکم بموت أو غیره قبل وقوف شهود العین علیه، فإنه لا یقدح فی الحکم علی الأخیر، و لا أثر له علی الأول.

إلا أن الجمیع کما تری لا یستأهل ردا، کما هو واضح، و الله العالم.

[القسم الثالث فی اللقطه]

اشاره

القسم الثالث فی اللقطه بالمعنی الأخص التی هی قسم منها بالمعنی الأعم و هو یعتمد علی بیان أمور ثلاثه:

[الأول اللقطه کل مال ضائع أخذ و لا ید علیه]

اشاره

الأول اللقطه لغه و عرفا کل مال غیر الحیوان الذی هو القسم الثانی ضائع أخذ و لا ید علیه و لو ید ملتقط سابق، فإنه و إن صدق علیه أنه مال ضائع إلا أنه سبقت علیه ید الالتقاط.

و بذلک یظهر لک وجه الحاجه إلی القید الثانی الذی هو لا یغنی عن الأول، ضروره صدقه بدونه علی مجهول المالک الذی لا ید علیه، و لکنه غیر ضائع من مالکه.

و حینئذ فالفرق بین موضوعی مجهول المالک و اللقطه هو اعتبار صدق اسم الضیاع من المالک فی الثانی دون الأول؛ بل الأصل عدم ترتب أحکام اللقطه مع عدم تحقق اسم الضیاع.

و لذا قال فی جامع المقاصد: لا بد منه فیها، فلیس منها حینئذ ما یؤخذ من ید السارق و الغاصب و نحوهما، لعدم صدق اسم الضیاع من المالک، کما ستسمع تحقیق الحال فیه عند تعرض المصنف له.

نعم الظاهر کفایه شاهد الحال فیها، فمتی لم یکن لم یحکم بأنه لقطه، و لعله لذا أمر بالصدقه بمثله فی

موثق إسحاق بن عمار(۱)«سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن رجل نزل فی بعض بیوت مکه فوجد فیه نحو سبعین درهما مدفونه، فلم تزل معه و لم یذکرها حتی قدم الکوفه کیف یصنع؟ قال: فاسأل عنها أهل المنزل لعلهم یعرفونها، قلت: فان لم یعرفوها، قال: یتصدق بها».

و أما دعوی أصاله الحکم باللقطه فی کل مال لا ید علیه و إن لم یعلم تحقق وصف الضیاع فیه و لو بشاهد الحال فلا أجد لها شاهدا، بل لعل ظاهر الأدله خلافها، ضروره کون العنوان فیها اللقطه و هی عرفا و لغه المال الضائع لا مطلق ما لا ید علیه من المال و إن لم یعلم کونه ضائعا.

بل الظاهر عدم جواز أخذ المال المزبور مع عدم مظنه تلفه، لأصاله حرمه الاستیلاء علی مال الغیر بعد عدم اندراجه فی عنوان المأذون شرعا فی تناوله، فإذا قبضه کان له ضامنا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

و كذا لا يدخل فيها كل مال وقع فى اليد لشخص مثلا ثم ضاع مالكه على وجه لا يعرفه، و لعل من ذلك ما فى

خبر العبيدى عن يونس (۱)«سألت عبدا صالحا (عليه السلام) فقلت: جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكه و ارتحلنا عنهم، و حملنا بعض متاعهم بغير علم، و قد ذهب القوم و لا نعرفهم و لا نعرف أوطانهم، و قد بقى المتاع عندنا فما نصنع به؟ قال: فقال: تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفه، قال يونس: فقلت له: لست أعرفهم و لا ندرى كيف نسأل عنهم؟ قال: فقال: بعه و اعط ثمنه أصحابك، قال: فقلت: جعلت فداك أهل الولايه، قال:

نعم».

إلى غير ذلك من النصوص المتضمنه حكم ما لا يدخل تحت اسم اللقطه من المفقود و المجهول الذين يلحق بهما ما يتعذر

وصوله إلى مالكه، و قد عقد لبعضها فى الوافى بابا متصلا بباب اللقطه عنوانه «باب المال المفقود صاحبه».

و البحث هنا فى ما كان مندرجا تحت اسم اللقطه التى قد عرفتها لغه و عرفا، و أنه مما يعتبر فيها الالتقاط و الأخذ، فلو رآها و أخبر غيره بها فالتقطها كان حكمها على الآخذ دون من رأى و إن تسبب منه، ضروره صدقه عليه كالاحتطاب و الاصطياد دونه بلا خلاف و لا إشكال، بل لو قال له: ناولنيها فنوى المأمور الأخذ لنفسه كان هو الملتقط دونه أيضا.

بل قد يشكل جريان الحكم على الآمر لو لم ينو و ناولها إياه بناء على عدم ثبوت مشروعيه التوكيل فى نحو ذلك، فيجرى الحكم حينئذ على

۱- ۱ ذكر قريبا منه فى الوسائل- الباب- ۷- من كتاب اللقطه- الحديث ۲ بإسناده عن الشيخ قده و رواه الكلينى قده بعينه فى الكافى ج ۵ ص ۳۰۹.

الآخذ دون الآمر و إن نوی أنه له.

و لعله لـذا قال فی القواعـد: «و لو قال: ناولنیها فان نوی الآخـذ لنفسه فهی له، و إلا فللآمر علی إشـکال» إذ لیس هو إلا من حیث صـدق الالتقاط علی الآخذ و إن نواه لغیره، فان ذلک لا یخرجه عن کونه آخذا و ملتقطا، إلا إذا ثبت مشـروعیه التوکیل فیه کی یکون فعله فعله شرعا، فیکون الآخذ هو الآمر مع نیه أنه له، و قد سلف لنا فی کتاب الوکاله(۱)ما یعلم منه تحقیق الحال.

کما أنه قد ذکرنا فی کتاب إحیاء الموات (۲)أن حیازه المباحات توجب الملک بمجرد تحقق مسماها و إن لم یقصده، بل و إن قصد عدمه.

و لا یرد عـدم تملک الصائـد الدره فی جوف السـمکه مع الجهل بها فی النصوص الکثیره(۳)لإمکان منع صدق الحیازه فیه، لأن المحوز السـمکه دون ما فی بطنها الذی استیلاؤه علیه شبه استیلاء النائم و نحوه علی الشی ء فإذا الحیازه لا بد من قصدها، و هی غیر قصد التملک.

نعم فی جامع المقاصد «لا بد من أن لا یقصد الآخذ عدم التملک، فلو حول شجرا أو حجرا مباحا فی الطریق من جانب إلی آخر قاصدا بذلک تخلیه الطریق و نحو ذلک فدخوله فی ملکه بمجرد هذا مستبعد جدا و مثله ما لو نحی المال الضائع من جانب إلی آخر، فإنه ینبغی أن لا یکون ملتقطا و إن ضمن مال الغیر، لإثبات الید علیه علی إشکال فی هذا».

قلت: بل ینبغی القطع بعدمه، للصدق لغه و شرعا و عرفا، بل

۱- ۱ راجع ج ۲۷ ص ۳۸۰- ۳۸۱.

۲- ۲ راجع ص ۶۵- ۷۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب اللقطه.

لعل

قوله (علیه السلام)[(۱)]: «لا تمسها»

مشعر بذلک أیضا، بل هو کذلک حتی لو وافقناه علی ما ذکره فی تحویل الشجر و الحجر و إن کان التحقیق خلافه.

نعم لو رأی شیئا مطروحا علی الأرض فدفعه برجله لیتعرفه لم یکن ملتقطا علی الظاهر بل و لا ضامنا، لعدم صدق «علی الید» فیه، لا أقل من الشک، و الأصل البراءه.

و ما فی بعض النصوص [(۲)]من النهی عن المس بالید و الرجل محمول علی إراده بیان شده النهی عنها، لا أنه بالمس بالرجل یکون ملتقطا، نعم لو تحقق الأخذ بذلک تعلق به حکم الالتقاط، و لا یسقط عنه بطرحه.

و

قول الصادق (علیه السلام) فی خبر أبی خدیجه[(۳)]: «کان الناس فی الزمن الأول إذا وجدوا شیئا فأخذوه احتبس، فلم یستطع أن یخطو حتی یرمی به، فیجی ء صاحبه من بعده

فیأخذه، و الناس قد اجترؤوا علی ما هو أکبر من ذلک، و سیعود کما کان»

محمول علی إراده رمیه و انتظاره حتی یجی ء صاحبه أو علی نحو ذلک مما لا ینافی ما ذکرنا.

هذا و قد یشکک أیضا فی جریان حکم اللقطه علی ما یوجد من الثیاب المشتبهه و النعال کذلک فی حمام أو مسجد أو غیرهما إذا لم یکن قرینه علی الضیاع فضلا عما لو کانت بعکسه، کأخذ الجید و ترک الردی.

لکن فی القواعد «و لو وجد عوض ثیابه أو مداسه لم یکن له أخذه، فإن أخذه عرفه سنه إن شاء، إلا أن یعلم بشاهد الحال أنه ترکه عوضا فیجوز أخذه من دون تعریف». و نحوه فی التحریر و إن ذکر الأخیر احتمالا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ و فیه« لا تمسوها».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللقطه- الحدیث ۶.

و فی الـدروس «و لو وجد عوض ثیابه أو مداسه فلیس له أخذه إلا مع القرینه الداله علی أن صاحبه هو آخذ ثیابه بکونها أدون و انحصار المشتبهین، و مع عدم القرینه فهی لقطه».

و الأصل فی ذلک کله ما فی التـذکره «لو أخـذت ثیابه فی الحمام و وجد بدلها أو أخذ مداسه و ترک بدله لم یملکه بذلک، و لا بأس باستعماله إن علم أن صاحبه ترکه عوضا، و یعرفه سنه، أی إذا لم یعلم أن صاحبه ترکه عوضا- إلی أن قال-: إلا أن یعلم أن السـارق قصـد المعـاوضه بأن یکون الـذی ترکه أردأ من الـذی سـرقه، و کان لا یشـتبه علی الآخـذ بالـذی له، فلا یحتاج إلی التعریف، لأن مالکها ترکها قصـدا و التعریف إنما جعل للضائع عن صاحبه لیعلم به و یأخذه، و تارک هذا عالم به و راض ببدله عوضا عما أخـذه، فصار کالمبیـح له أخـذه بلسانه، و هو أحد وجهی الحنابله، و لهم آخران: أحدهما الصدقه، و الثانی الدفع إلی الحاکم لیبیعها و یدفع ثمنها إلیه عوضا عن ماله، و ما قلنا أولی، لأنه أوفق بالناس، لأن فیه نفعا لمن سـرقت ثیابه، لحصول عوضها له، و للسـارق بـالتخفیف عنه من الإـثم و حفظ هـذه الثیاب المتروکه من الضـیاع، و قـد أبیـح لمن له علی انسان حق من دین أو غصب أو غیر ذلک أن یأخذ من مال من علیه الحق بقدر ما علیه إذا عجز عن استیفائه بغیر ذلک».

بل فی جامع المقاصد القطع بذلک، قال فی شرح المستثنی منه من عباره القواعد: «لو کان فی الحمام أو المسجد أو نحوهما فلم یجـد ثیـابه أو مـداسه أو فراشه و لکن وجـد مثل المفقود لم یکن له تملکه عوضا عما ذهب له، لأنه مال الغیر، فلا یحل من دون طیب نفسه، و قول المصـنف (رحمه الله): و لو وجـد عوض ثیابه إلی آخره لا یریـد به علی قصـد العوض، أما أخـذه لقطه فجائز قطعا، فإن أخذه لم یکن إلا لقطه،

فیجب تعریفه سنه إن کان درهما فصاعدا، فإذا عرفه تملکه إن شاء، فان جاء المالک قاصه بماله و ترادا الفضل إن أوجبنا العوض و رضی الملتقط بجعل ماله عوضا، و إلا ترادا و کان للملتقط المطالبه بالأجره و النقص دون الآخر».

ثم قال فی شرح المستثنی بعد أن حکی عن التذکره ما یناسبه:

«و لقائل أن یقول: إن تم ما ذکره من الدلاله علی المعاوضه لم یکن للمأخوذ ما له التصرف فی هذه الحاله إلا إذا رضی بتلک المعاوضه، و من الممکن أن لا یرضی، لأن الفرض أن ماله أجود، فکیف یستقیم إطلاق جواز التصرف علی ذلک التقدیر، ثم إنه لا یجوز أن یتصرف بها مطلقا، سواء شهد الحال بأخذ الآخذ علی قصد المعاوضه أو غلطا، لأن الآخذ غاصب، فیجوز للمأخوذ ماله التصرف فی مقداره للحیلوله، فإن أمکنه إثبات ذلک عند الحاکم رفع الأمر إلیه لیأذن له فی الأخذ علی الوجه المذکور، و إلا استقل به علی وجه المقاصه».

ثم اعترض علی ما ذکره أخیرا من کونه أرفق بالناس بأن «ما ذکرناه أنفع و أرفق، لأنه شامل لجمیع صور الأخذ کما لا یخفی.

ثم إن الأخذ علی جهه المقاصه لا یتوقف علی رضا من علیه الحق، فلا یشترط شهاده الحال بقصد المعاوضه کما ذکره، و ما استشهد به من أخذ من له علی انسان دین أو حق إنما ینطبق علی ما ذکرناه، نعم إن جوز أن یکون الآخذ غیر صاحب المتروک فالمتروک لقطه قطعا، إلا أن مقتضی کلامه التعویل علی القرینه الداله علی أن الآخذ هو المتروک ماله، و ما أحسن عباره الدروس بالنسبه إلی هذا» ثم حکاها کما سمعتها.

قلت: لا یخفی علیک (أولا) ما فی الحکم باللقطه مع عدم القرینه علی تعمد الترک، ضروره عدم تحقق الضیاع مع فرض احتمال ذلک احتمالا مساویا.

و (ثانيـا) مـا فى الحكم بالمقاصه معها إذا لم يحصل منها العلم باشـتغال ذمته، بل قـد يقال باعتبار تحقق ذلك حال المقاصه، أما مع احتمال عدم العدوان و دفع ما فى يده إلى الحاكم الذى هو الولى المقتضـى للبراءه عندهم فلا يخلو من إشكال، خصوصا مع النظر إلى مخالفتها للقواعد المقتضى للاقتصار فيها على المتيقن، فتأمل جيدا.

و (ثالثـا) مـا فى أخـذ قيمه الحيلوله مع احتمـال الغلط بناء على مخالفتها للأصول، و المتيقن منها فى صوره العـدوان، كالغصب و السرقه، و لعله لذا فرضها فى ذلك فى التذكره.

و (رابعـا) ما فى دعوى كونه معاوضه مع التراضـى، اللهم إلا أن يكون من الإباحه بالعوض، إلى غير ذلك مما يظهر لك بالتأمل فيما ذكرنا، و الله العالم.

و كيف كـان فمـا كـان قيمته دون الـدرهم (درهم خ ل) من اللقطه فى غير الحرم جاز أخـذه و الانتفاع به على وجه الملك بغير تعريف بلا خلاف أجده فيه.

بـل فى التـذكره «لاـ يجب تعريفه، و يجوز تملكه فى الحـال عنـد علمائنـا أجمع» بل فى موضع آخر منها «لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى إباحه أخذ القليل و الانتفاع به من غير تعريف».

و فى الغنيه الإجماع على جواز التصرف فيه من غير تعريف.

و فى محكى الخلاف إجماع الفرقه على أنه لا يجب تعريفه، و فى كشف الرموز نفى الخلاف عن ذلك إلى غير ذلك مما يراد من التعبير بالانتفاع به و حل التصرف و نحوهما التملك.

لكن فى القواعد «لو تملك ما دون ثم وجد صاحبه فالأقرب وجوب دفعه إليه، لأصاله بقاء ملكيه صاحبه عليه، و تجويز التصرف

للملتقط لا ینافی وجوب رده».

إلا أنه قد حمل کلامه علی إراده حدوث الفسخ جمعا بین قوله:

«تملک» و قوله أخیرا ما سمعت، و حینئذ فالاستدلال بالأصل فی غیر محله.

و فی مرسل الفقیه (۱)

قال الصادق (علیه السلام): «أفضل ما یستعمله الإنسان فی اللقطه إذا وجدها أن لا یأخذها و لا یتعرض لها، فلو أن الناس ترکوا ما یجدونه لجاء صاحبه فأخذه، و إن کانت اللقطه دون الدرهم فهی لک لا تعرفها، فان وجدت فی الحرم دینارا مطلسا فهو لک لا تعرفها، فان وجدت طعاما فی مفازه فقومه علی نفسک لصاحبه ثم کله، فان جاء صاحبه فرد علیه القیمه، و إن وجدت لقطه فی دار و کانت عامره فهی لأهلها، و إن کانت خرابا فهی لمن وجدها».

و فی

مرسل محمد بن أبی حمزه(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «سألته عن اللقطه، قال: تعرف سنه قلیلا أو کثیرا، قال: فما کان دون الدرهم فلا یعرف».

مضافا إلی ما عساه یفهم من فحوی

قول الصادق (علیه السلام) فی صحیح حریز(۳): «لا بأس بلقطه العصا و الشظاظ و الوتد و الحبل و العقال و أشباهه، قال: و قال أبو جعفر (علیه السلام): لیس لهذا طالب».

إنما الکلام فی تملکه بمجرد الالتقاط کما هو مقتضی قوله (صلی الله علیه و آله): «هی لک» بل و جمله من الفتاوی، بل هو المناسب

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

لما قلناه فی حیازه المباح، بناء علی أن ذلک مثله فی التملک بحصول الالتقاط کالحیازه، أو هو متوقف علی قصد التملک، أو علی عدم قصد العدم وجوه.

و فی موضع من القواعد «الأقرب وجوب دفع العین مع وجود صاحبها، و یحتمل القیمه مطلقا کالکثیر إذا ملکه بعد التعریف، و

القیمه إن نوی التملک و إلا فالعین، و هو أقرب».

و هو صریح فی اعتبار نیه التملک، و لعله الأقوی، لأصاله عدم الملک بدونه بعد عدم الجابر للمرسل المزبور، إذ المتیقن من الإجماع ما سمعته من التذکره من أن له تملکه فی الحال، مضافا إلی ظهور الأدله فی عدم الفرق بین القلیل و الکثیر إلا بالتعریف، و من المعلوم اعتبار النیه فی الثانی.

و احتمال الفرق بینه و بین الکثیر- باحتیاجه إلی التعریف المقتضی لإحداث سبب للملک بعده، لامتناع انتقال ملک الغیر إلی آخر بدونه، بخلافه فإنه لا حاجه فیه إلی التعریف- واضح الفساد، ضروره کون المتبع الدلیل فیهما، و الأصل عدم الملک حتی یثبت.

و من هنا یتجه القول بتوقفه علی ضمان القیمه مع نیه التملک، کما فی الکثیر، و لعله لذلک کان خیره الفاضل فی جمله من کتبه و ولده و المقداد الضمان عند مجی ء المالک، لأن تملکه علی حسب تملک الکثیر بالقیمه.

بل فی الإیضاح و التنقیح و ل

قوله (علیه السلام)(۱): «من وجد شیئا فهو له فلیتمتع به حتی یأتیه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إلیه»

بعد الإجماع علی عدم وجوب رد العین، فلیس إلا القیمه، کما أنه لیس المراد إلا دون الدرهم، لأن غیره یحتاج إلی التعریف سنه مع النیه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

و هو تراخی، و إن کان لا یخلو من نظر.

خلافا لظاهر المتن و الإرشاد و التبصره و المحکی عن الشیخین و سلار و ابن حمزه فلا یضمن، بل فی النهایه و الغنیه التصریح بذلک، بل فی المختلف أنه المشهور، بل فی الغنیه الإجماع علیه، للأصل و ظاهر

قوله (علیه السلام): «لک» فی المرسل (۱)

المنجبر بالشهره المزبوره و الإجماع المحکی.

و لا ریب أن الأول أحوط و أولی، بل یتجه علیه وجوب رد العین لو جاء الطالب کالکثیر، و إجماع الفخر و التنقیح لم نتحققه، بل لعل المتحقق خلافه، لإطلاق الخبر المزبور.

هذا و فی الریاض بعد أن نفی الخلاف عن جواز التقاطه و الانتفاع به و حکی الإجماع علی ذلک عن التنقیح و أرسله عن التذکره قال: «و هل یجب ضمانه مع ظهور المالک؟ قولان: أحوطهما ذلک، وفاقا للقواعد و التنقیح و غیرهما، للأصل و عدم صراحه النصوص فی التملک بناء علی عدم صراحه اللام فیه، مع أن بعضها الذی هو المعتبر سندا- دون ما تضمن اللام، لإرساله مع عدم جابر له فیه- لم یتضمن عدا نفی وجوب التعریف فی هذا المقدار، و هو لا یستلزم التملک، لاجتماعه مع جواز التصرف فیه» إلی آخره، و ظاهره عدم التملک و أن المراد من ضمانه رد عینه.

و لا یخفی علیک ما فیه من عدم تحریر المسأله التی قد عرفت أن حاصلها یقع فی أمرین: أحدهما فی وجوب رد العین مع وجودها و طلبه، و ثانیهما فی ضمان المثل و القیمه مع التلف و الحق فیهما معا ذلک إن لم یثبت إجماع الغنیه المعتضد بالشهره المحکیه، و کأن الذی أوقعه فی ذلک عباره التنقیح و نحوها، فإنها غیر منقحه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹.

هذا و ظاهر المحکی عن ابن إدریس التفصیل، فأوجب رد العین مع وجودها، و نفی الضمان عنه مع تلفها، فلا تناقض فی کلامه إلا مع ثبوت استلزام وجوب الرد الضمان مع التلف و بالعکس، و له منعه و إن کان التحقیق خلافه بعد أن استظهرنا کونه کالکثیر الذی حکمه ذلک.

و أما الدرهم فالأقوی کونه کالزائد فی وجوب التعریف، وفاقا لظاهر الصدوق و المفید و النهایه و الحلی، بل صریح الخلاف و ابن زهره و الفاضل و الشهیدین و أبی العباس و المقداد و غیرهم. بل فی محکی الخلاف إجماع الفرقه و أخبارهم، بل هو من معقد عموم إجماع الغنیه أیضا، لإطلاق ما دل علیه، و خصوص مفهوم الخبرین (۱)السابقین و

الصحیح (۲)«عن الرجل یصیب درهما أو ثوبا أو دابه، قال (علیه السلام): یعرفه سنه».

خلافا للمحکی عن سلار و ابن حمزه و التقی، فجعلوه کدون الدرهم، و لم نقف لهم علی دلیل و إن قال فی النافع: «فیه روایتان» إلا أنا لم نتحقق الروایه الداله علی عدم تعریفه، و یمکن تنزیله علی إراده روایتین دالتین علی التعریف و إن کان هو کما تری.

و الظاهر أن المدار علی حال الالتقاط، فلو کان دون الدرهم حینه ثم بلغ قیمته

أزید بعد ذلک أو بالعکس لم یتغیر الحکم، لأنه المنساق من الأدله.

هذا کله فی غیر الحرم، أما فیه فظاهر إطلاق جماعه الحرمه، بل فی الروضه نسبه الإطلاق المزبور إلی الأکثر، بل فی غیرها مستفیضا حد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹ و الباب- ۴- منه الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

الاستفاضه نسبته إلى الشهره.

بل مقتضاه عدم الفرق بين نيه التملك و عدمها، و نيه الإنشاد و عدمها، لكن فى اللمعه حرمه الالتقاط بنيه التملك قليلا أو كثيرا، و جوازه بنيه الإنشاد، بل قيل: إنه خيره الخلاف.

بل عنه و عن المبسوط إجماع الفرقه و أخبارهم على عدم الجواز بنيه التملك، و نفى الخلاف- بل قيل: أى بين المسلمين- عن الجواز، للتعريف و الحفظ لصاحبها.

و ظاهر الغنيه عدم الفرق بين لقطه الحرم و غيره إلا بعدم جواز التملك فى الأول و عدم لزوم ضمانها إذا تصدق بها، بل لعل ذلك من معقد إجماعه، بل لعله الظاهر من المقنعه، بل قيل: و نحوه فى المراسم إلا أن ظاهره كما هو المحكى عن القاضى الانتفاع بما دون الدرهم من دون تعريف.

بل ظاهر المتن عدم الخلاف فيه، لأنه جعل مورد الخلاف غيره، قال بعد ما سمعت و ما كان أزيد من ذلك فان وجد فى الحرم قيل و القائل من عرفت يحرم أخذه، و قيل: يكره، و هو أشبه بل ظاهره عدم الكراهه فيه، كما هو المحكى عن موضع من المبسوط و الخلاف، بل و عن ظاهر لقطه السرائر، بل هو ظاهر لقطه النافع و كشف الرموز، بل هو صريح الدروس و كذا الروضه، بل عن الخلاف أن عليه إجماع الفرقه و اخبارهم.

و أما القائل بكراهه الأزيد فهو الصدوق و والده و أبو على و التقى و المفيد و الشيخ و بنوا حمزه و زهره و إدريس و الآبى و الفاضل فى بعض كتبه و الشهيدان و الخراسانى و الكاشانى على ما حكى عن بعضهم، بل عن السرائر هو الحق اليقين، بل قد سمعت ما عن الخلاف و المبسوط و الغنيه، إلى

غير ذلك من كلماتهم المختلفه حتى من المصنف الواحد فى الكتاب الواحد فى الحج بشى ء و فى اللقطه بآخر.

و محصل الجميع الحرمه مطلقا من غير فرق بين الدرهم و أقل منه و أزيد.، و بنيه الإنشاد و عدمها، و بنيه التملك و عدمها، و الكراهه كذلك، و التفصيل بين الأقل من الدرهم و غيره، فيجوز الأول بلا كراهه و الثانى معها أو مع الحرمه، و بين نيه التملك، فلا يجوز مطلقا، و بنيه الإنشاد فيجوز كذلك، و بين الفاسق و العدل، فيحرم على الأول و يحل الثانى.

و أما التملك ففى المختلف «لا يجوز تملك لقطه الحرم إجماعا، بل يجب تعريفها» و فى التذكره «لا يجوز تملكها عند أحد من علمائنا أجمع» لكن عن التقى القول بجواز تملكها بعد التعريف، و ربما مال إليه بعض من تأخر عنه.

و التحقيق الجواز فى الأقل من الدرهم و لو بنيه التملك و إن كان لا يخلو من كراهه فى الجمله، لإطلاق ما دل على جوازه مما عرفت الذى لا- يعارضه إلا إطلاق ما سمعته من النهى (۱)المحمول على الكراهه، بل حتى لو قيل على الحرمه، ضروره كون التعارض من وجه، و لا ريب فى ترجيح الأول و لو لما سمعته من إجماع الخلاف المؤيد بما سمعته من ابن إدريس و إشعار المتن و غيره، بل قد يدعى انصراف الإطلاق المزبور إلى غيره.

و أما الأزيد فلا إشكال فى الحرمه مع نيه التملك قبل التعريف أو بعده بناء على عدمه فيها مطلقا، فالالتقاط معها حينئذ خيانه محرمه نحو الالتقاط معه قبله فى غير الحرم.

أما لا معه فالظاهر شده الكراهه، و خصوصا إذا كان فاسقا لا يثق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

من نفسه بتعریفها، لما سمعته من نفی الخلاف فی محکی المبسوط و الخلاف عن الجواز بنیه الإنشاد و إجماع الغنیه، و قوله فی السرائر أنه الحق الیقین، و عن التذکره نفی الخلاف عن جوازها للمنشد لأنه أمانه.

بل لعله علی ذلک تجتمع النصوص من الطرفین، ففی

النبوی (۱)«لا تحل لقطتها- أی مکه زادها الله شرفا- إلا لمنشد»

أی معرف،

و فی آخر(۲)«لا یحل ساقطها إلا لمنشد».

و فی حسن الفضیل بن یسار(۳)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یجد اللقطه فی الحرم، قال: لا یمسها، و أما أنت فلا بأس لأنک تعرفها».

و خبره الآخر(۴)«سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن لقطه الحرم، فقال: لا تمس

أبدا حتی یجی ء صاحبها فیأخذها، قلت: فان کان مالا کثیرا، قال: فان لم یأخذها إلا مثلک فلیعرفها».

و إلیهما نظر من اعتبر العداله، و لکن لا دلاله فیهما علی ذلک، کما ستعرفه إنشاء الله تعالی عند تعرض المصنف لذلک.

و خبر علی بن حمزه(۵)عن العبد الصالح موسی بن جعفر (علیه السلام) «سألته عن رجل وجد دینارا فی الحرم فأخذه قال: بئس ما صنع، ما کان ینبغی أن یأخذه، قلت: قد ابتلی بذلک، قال: یعرفه، قلت: فإنه قد عرفه فلم یجد له باغیا، قال: یرجع به إلی بلده فیتصدق به علی أهل بیت من المسلمین، فان جاء طالبه فهو له ضامن».

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۹۹.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۹۹.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحدیث ۵ من کتاب الحج.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحدیث ۲ من کتاب الحج.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۷- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲ عن علی بن أبی حمزه.

و مرسل إبراهيم بن أبى البلاد(۱)قال الماضى أى العسكرى (عليه السلام): «لقطه الحرم لا تمس بيد و لا برجل، و لو أن الناس تركوها لجاء صاحبها و أخذها»

الذى هو مع ضعفه قد ورد مثله فى لقطه غير الحرم (۲)المعلوم أن المراد به الكراهه.

و خبر يعقوب بن شعيب بن ميثم التمار(۳)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن اللقطه و نحن يومئذ بمنى، فقال: أما بأرضنا فلا تصلح، و أما عندكم فان صاحبها الذى يجدها يعرفها سنه فى كل مجمع، ثم هى كسبيل ماله».

و خبر اليمانى (۴)قال أبو عبد الله (عليه السلام): «اللقطه لقطتان: لقطه الحرم تعرف فان وجدت صاحبها و إلا تصدق بها، و لقطه غيرها تعرف سنه، فان وجد صاحبها، و إلا فهى كسبيل مالك».

و خبر سعيد بن عمر الجعفى (۵)قال: «خرجت إلى مكه و أنا من أشد الناس حالا، فشكوت إلى أبى عبد الله (عليه السلام) فلما خرجت من عنده وجدت على بابه سبعمائه دينارا، فرجعت إليه من فورى ذلك فأخبرته، فقال: يا سعيد اتق الله عز و جل، و عرفه فى المشاهد، و كنت رجوت أن يرخص لى، فخرجت و أنا مغتم، فأتيت منى، فتنحيت عن الناس، ثم تقصيت حتى أتيت المأفوقه، فنزلت فى بيت متنحيا عن الناس، ثم تقصيت حتى أتيت المأفوقه، فنزلت فى بيت متنحيا عن الناس، ثم قلت: من يعرف الكيس؟ قال: فأول صوت صوته إذا رجل على رأسى يقول: أنا صاحب الكيس، قال: فقلت فى نفسى:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب اللقطه- الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ۱. من كتاب الحج.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ۴. من كتاب الحج.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

أنت فلا كنت، قلت: ما علامه الكيس؟ فأخبرنى بعلامته فدفعته إليه، قال: فتنحى ناحيه فعدها فإذا الدنانير على حالها، ثم عد منها سبعين دينارا، فقال: خذها حلالا خير لك من سبعمائه حراما فأخذتها، ثم دخلت على أبى عبد الله (عليه السلام) فأخبرته كيف تنحيت و كيف صنعت، فقال: أما أنك حيث شكوت إلى أمرنا بثلاثين دينارا، فيا جاريه هاتيها، فأخذتها و أنا من أحسن الناس حالا»

بناء على أن ذلك قد كان فى مكه.

و خبر الفضيل بن غزوان (۱)قال: «كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام) فقال له الطيار: إن حمزه ابنى وجد دينارا فى الطواف قد انسحق كتابته، قال: هو له».

و قد تقدم ما فى

مرسل الفقيه(۲): «إن وجدت فى الحرم دينارا مطلسا فهو لك، لا تعرفها».

و خبر محمد بن رجاء الخياط(۳)قال: «كتبت إلى الطيب (عليه السلام) إنى كنت

فى المسجد الحرام فرأيت دينارا فأهويت إليه لآخذه فإذا بآخر، ثم نحيت الحصى فإذا أنا بثالث فأخذتها و عرفتها و لم يعرفها أحد، فما ترى فى ذلك؟ فكتب (عليه السلام): إنى فهمت ما ذكرت من أمر الدنانير، فان كنت محتاجا فتصدق بثلثها، و إن كنت غنيا فتصدق بالكل».

إلى غير ذلك من النصوص التى يمكن دعوى القطع بالجواز من النظر فيها و ترك التعرض فى جمله منها للنهى عن ذلك، و التعبير بلفظ

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۹.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ۷- من كتاب الحج.

«لاـ یصلح» و «لاـ ینبغی» و التعلیل بـالتعریف و التفصیل بأنه «لا یأخـذها إلا مثلک» و اتحاد التعبیر عنها مع التعبیر عن لقطه غیر الحرم المعلوم کون ذلـک منه للکراهه، لعـدم القائـل بـالحرمه أو نـدرته، بـل یمکن دعوی القطع بفساده أو الضـروره فضـلا عن الإجماع و غیر ذلک مما لا یخفی علی من رزقه الله معرفه لسانهم و رموزهم الذی

ذکروا فیه أنه «لا یکون الفقیه فقیها حتی نلحن له فی القول فیعرف ما نلحن له»(۱)

فـان سـردها أجمع یشـرف الفقیه المزبور علی القطع بجواز الالتقـاط، و لکنه مکروه أشـد من الکراهه فی غیر الحرم، إلا إذا کان مأمونا فلا کراهه أو هی أخف.

و من الغریب ما فی الریاض من إتعاب نفسه و شده أطنابه فی بیان تنقیح دلالتها علی الحرمه بعد دعوی انجبار أسانیدها بالشـهره الظـاهره و المحکیه و الاعتضـاد بالأصـل قال: «و لا ینبغی و إن أشـعر بالکراهه إلا أن «بئس ما صـنع» أظهر دلاله علی الحرمه منه علی الکراهه، علی أن اسـتعمالها فی الحرمه أو الأـعم شـائع، لاـ أنهـا صـریحه فیهـا، و دلاـله «إن لا یأخـذها إلا مثلک» غیر نافعه للقـائلین بـالکراهه، لعـدم تفصـیلهم بین الفاسق و العـدل، نعم ربما یوجـد هـذا التفصـیل فی کلام بعض القائلین بالحرمه، فتکون ضـاره لهم لاـ نافعه، و نصوص النهی عن مطلق اللقطه تؤیـد الحرمه التی هی الأصل فی النهی، و الخروج عنه فی لقطه غیر الحرم للإجمـاع و غیره لاـ یقتضـی الخروج عنه فیه، و لـو سـلم إراده غیر الحرم منه لنـدره الحرم بالنسـبه إلی غیره الـتی تمنـع من حمل الإطلاق علیها فلا یقتضی الخروج عن

حقیقه النهی هنا، و خبر «لا یصلح» ظاهر فی

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱۵- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۵ من کتاب القضاء، مع اختلاف فی اللفظ.

أرض منی خـاصه و لاـ قائـل به، فلیطرح أو یؤل بحمـل «لاـ یصـلح» علی الحرمه، و یلحق مکه و مـا فی الحرم بمنی بعـدم القائل بالفرق بین الطائفه، و لا محـذور، و لا کذلک لو بقی علی ظاهرها من الکراهه، إذ عدم القول بالفرق المزبور إنما یتم به الکراهه فی لقطه جمیعه، و لا یدفع محذور اختصاصـها به، فان مقتضاه عدم الکراهه فی لقطه غیره، و لا قائل به، و حمل «لا یصـلح» علی تأکـد الکراهه و إن أمکن و یندفع به هذا المحذور إلا أنه مجاز کالحمل علی الحرمه لا یمکن اختیاره خاصه إلا بعد قرینه معینه هی فی الروایـه مفقـوده، اللهـم إلاـ أن یقـال: إنـه أقرب المجـازین إلی أصـل الکراهه الـذی هـو الحقیقه، لکنه معـارض بظهـور الروایـات السـابقه فی الحرمه مع اشـتهارها بین الطائفه، کما اعترف به هو و غیره و أخبارهـم (علیهم السـلام) یکشف بعضـها عن بعض، فان لم یکن الحمل بهذا راجحا علی الحمل الآخر فلا أقل من التساوی بینهما، و هو یوجب الإجمال المنافی للاستدلال».

إلا أن الجمیع کما تری، و لعل الذی دعاه إلی هذا التجشم تخیله الشـهره، و قد عرفت أنها غیر محققه، بل عرفت دعوی الإجماع من الشیخ و غیره علی عدم الحرمه علی الوجه الذی ذکره.

و المناقشـات المزبوره- مع أن فیها ما فیها بل الأخیر منها واضـح الفساد بعـد ما عرفت من أن الخبر سأله و هو بمنی، لا أن اللقطه بخصوص منی- لا تنافی انسیاق الجواز من مجموعها علی وجه لا ترفعه المناقشات المزبوره، و الله العالم.

و کیف کان فبناء علی جواز الالتقاط فی الحرم لا یحل إلا مع نیه الإنشاد لظاهر النبویین السابقین (۱)المستفاد منهما أیضا

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۹۹.

خصوصیه الحرم بالنسبه إلى ذلک.

و لكن قد يقال: إن المراد عدم جواز التملک، و إلا فلا فرق بين الحرم و غيره فى عدم جواز الالتقاط مع عدم نيه التعريف، لأصاله حرمه التصرف فى مال الغير المقتصر فى الخروج منها على المنساق المتيقن، و هو المجامع لنيه الإنشاد.

اللهم إلا أن يقال: بإطلاق الإذن بالالتقاط و إطلاق وجوب التعريف من دون تقييد الأول بالثانى و إن وجب العزم عليه باعتبار كونه من أحكام الإيمان، فيفرق حينئذ بين لقطه الحرم و غيره بذلک، و لذا اقتصر المصنف عليه فيه دون غيره.

و لكن فيه أنه يمكن التزام ذلک فيهما معا بعد ما عرفت من كون المراد بالنبويين عدم التملک لا ما نحن فيه، خصوصا بعد إشعار خبر الكيس بذلک فى الجمله.

و على كل حال فلا خلاف فى أنه يجب تعريفها حولا (كاملا خ) بل فى الغنيه الإجماع عليه، بل قيل: لعله الظاهر من الخلاف أيضا، مضافا إلى ما سمعته من النصوص و إلى ما جاء فى التعريف فى مطلق اللقطه، بل لعل فى التعريف إشعارا بجواز الالتقاط و إلا لم يقيد بالسنه، و ليس هو تعريف اللقطه، لما عرفته من كون المحرمه من قسم العدوان، اللهم إلا أن يقال: إن ذلک للنصوص المزبوره، و فيه أن حملها على الجواز مع التعريف أولى من حملها على الحرمه معه، كما هو واضح.

و على كل حال فان جاء صاحبها دفعها إليه و إلا تصدق بها أو استبقاها أمانه، و ليس له تملكها بلا خلاف أجده فى الأخير إلا ما سمعته من المحكى عن التقى الذى قد تقدم الإجماع من الفاضل على خلافه.

مضافا إلى الأصل المعتضد بخلو كثير من النصوص المزبوره، بل ظاهر بعضها(۱)أو صريحه ذلك و أنه الفارق بين الحرم و غيره.

و مكاتبه ابن رجاء(۲)يمكن حملها على أن ذلك إذن منه بعد العلم باليأس عن معرفه المالك.

و كذا خبر الفضيل بن غزوان (۳)و مرسل الفقيه (۴)اللذين لم نجد بهما عاملا على غير الوجه المزبور إلا ما حكى عن نادر.

و إطلاق ما دل على التملك فى مطلق اللقطه مع أن المنساق منه فى غير الحرم مقيد بما عرفت.

و أما التخيير المزبور فقد صرح به الشيخ و ابنا زهره و إدريس و الفاضلان و الشهيدان و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل فى المسالك أنه المشهور، بل فى الغنيه الإجماع عليه، لكن لم أجده فى شى ء مما وصل إلى من النصوص.

نعم فى الخبرين (۵)السابقين الأمر بالتصدق الظاهر فى التعيين كالمحكى عن

اقتصار المقنع و المقنعه و النهايه و المراسم، اللهم إلا أن يقال بقرينه الإجماع المزبور يحمل الأمر على الوجوب التخييرى، خصوصا مع ملاحظه ما سمعته فى الشاه.

و لعل التخيير المزبور المحكى عن بعض القائلين بالحرمه أيضا ظاهر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ۳ من كتاب الحج.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ۷ من كتاب الحج.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۷- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۹.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۷- من كتاب اللقطه- الحديث ۲ و الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ۴ من كتاب الحج.

أو صریح فی جواز الالتقاط، ضروره المنافاه بین حرمته و إبقائها أمانه التی اعترف غیر واحد بالتعبیر بها من القائلین بالکراهه و التحریم، و الله العالم.

و لو تصدق بعد الحول فکره المالک فیه قولان، أرجحهما عند المصنف أنه لا یضمن للأصل، و لأنها فی یده أمانه و قد دفعها دفعا مشروعا فلا یتعقبه ضمان، وفاقا للشیخین فی المقنعه و النهایه و ابنی حمزه و زهره و سلار و الآبی و الفاضل و أبی العباس و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم بل فی النافع أنه الأشهر، بل فی الغنیه و محکی الخلاف الإجماع علیه و إن کنا لم نتحقق الثانی منهما.

لکن فی الکفایه أن الأشهر الضمان، بل فی المسالک أنه المشهور، بل فی جامع المقاصد نسبته إلی الأصحاب، بل فی محکی السرائر أنه الحق الیقین، و لعله لخبر ابن حمزه(۱)المنجبر بما عرفت، و

عموم «علی الید»(۲)

و أولویته منه فی لقطه غیر الحرم، بل ینبغی القطع به بناء علی الحرمه فی صوره العمد، ضروره کون یده حینئذ عادیه، و یتم بعدم القول بالفصل فی غیر صوره العمد.

و من ذلک یعرف ما فی إطلاق القائل بالتحریم أن العین أمانه، و احتمال إرادته حرمه نفس الالتقاط و إن صارت أمانه بعد ذلک کما صرح به الفخر کما تری، إذ هو استیلاء علی مال الغیر بلا إذن شرعیه و لا مالکیه، و لیس العدوان إلا هذا، و لا ینافیه الأمر بالصدقه به مع الضمان و إن کان ذلک کله مؤیدا للقول بالکراهه، کما أومأنا إلیه سابقا، و عدم تعقب المأمور به شرعا الضمان لو سلم کون الأصل کذلک یدفعه الخبر(۳)المزبور

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲ و هو خبر ابن أبی حمزه.

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۷- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲ و هو خبر ابن أبی حمزه.

المنجبر بما عرفت، فيكون كلقطه غير الحرم.

و من الغريب ما فى جامع المقاصد، فإنه بعد أن ذكر القولين و اختار الضمان منهما قال: «هذا إن أخذ المال على قصد الالتقاط- يعنى التملك و الاكتساب- فإن أخذه على قصد الحفظ للمالك فالذى يحضرنى أن المصنف فى التذكره قال: إن أخذها على هذا القصد جائز، و ادعى الإجماع، فعلى هذا يضمن أم لا؟ ينبغى الضمان» ضروره ظهور بعض كلام الأصحاب أو جميعه فى بناء الضمان و عدمه على قولى الحرمه و الكراهه.

قال فى التحرير الذى هو غالبا محط نظره بعد أن ذكر القول بالحرمه و الكراهه: «و على التقديرين إن أخذه وجب عليه الأخذ بنيه الإنشاد، و لا يجوز أخذه بنيه التملك لا قبل الحول و لا بعده، فإن أخذه على هذا الوجه كان ضامنا، و إن أخذ بنيه الإنشاد وجب عليه التعريف سنه، فان جاء صاحبه و إلا تخير بين احتفاظه دائما و بين الصدقه، فإن تصدق به ففى الضمان قولان، أقربهما يضمن» و بذلك كله بان لك أن الضمان أقوى.

نعم لو اختار حفظها فتلفت بلا تعد و لا تفريط اتجه عدم الضمان على المختار، لكونها حينئذ أمانه كغيرها، بل صرح غير واحد من القائلين بالتحريم بذلك أيضا، معللين له بأنها أمانه و أنه محسن، فلا سبيل عليه، و قد عرفت ما فيه من الاشكال.

و فى جامع المقاصد فى شرح قول الفاضل: «لا ضمان مع اختيار الاحتفاظ»: «أى بعد التعريف، لأنه محسن، هذا إن كان أخذه لها على قصد الحفظ واضح، فأما إن أخذها على قصد الالتقاط فكيف تكون يده يد أمانه مع أنه عاد بأخذها، و يمكن أن يقال: إن الالتقاط لا يقتضى التملك جزما، و لهذا لا يملك لقطه غير الحرم بعد التعريف إلا بالنيه

و اللفظ على الخلاف، فلا يدخل فى ضـمانه من أول الأمر، لأن مجرد أخذ اللقطه لا ينافى الحفظ دائما، فحينئذ يكون أخذ لقطه الحرم غير مناف للحفظ و الأمانه و إن حرم من حيث إن الالتقاط اكتساب، و يشـكل على هـذا كون الأخذ محرما، فكيف يكون أمانه».

و لكنه كما ترى، و لا يبعـد كون العباره غلطا، و إلا فشأنه أجل من ذلك، إذ قـد عرفت ضـمان لقطه الحرم بنيه التملك من أول الأمر.

و إنمـا الكلاـم فيمـا إذا التقطها بنيه الإنشاد و قـد عرفها حولا و لم يتصـدق بها بل اختار احتفاظها، فان قلنا بالحرمه اتجه الضـمان للعدوان، و إلا فالمتجه عدمه، للأمانه و الإحسان، فالكلام المزبور أجنبى عن ذلك.

ثـم إنه لم أجـد من ذكر هنـا أن من التخيير له أن يـدفعها إلى الحـاكم الـذى جعلـوه بحكم ولى الـذات، فيتجه حينئـذ براءته من الضـمان مع فرض العـدوان بالتقاطهـا، نحو مـا سـمعته منهم فى التقـاط البعير الممنوع عن التقـاطه، و لعلهم تركوه اتكالاـ على ما ذكروه هناك، و إن كان قدمنا الكلام معهم فيه، و الله العالم.

هذا كله فى لقطه الحرم.

و إن وجدها أى لقطه الأزيد مما دون الدرهم فى غير الحرم عرفها حولا مع إراده التملك بعده أو مطلقا كما سـتعرف البحث فيه إن كـان الملتقط مما يبقى كالثياب و الأمتعه و الأثمان و نحوها مما لا يفسـد ببقائه فى الحول المزبور، بلا خلاف أجـده فيه كما اعترف به فى كشف الرموز، بل عن الخلاف و المبسوط و الغنيه و ظاهر التـذكره الإجماع عليه، للمعتبره المستفيضـه(۱)التى فيها الصحيح و غيره و قد مر جمله منها فى تضاعيف

المباحث السابقه و تأتى أخرى إنشاء الله تعالى،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه.

بل يمكن دعوى القطع بذلك منها و إن لم يكن على جهه التواتر المصطلح.

ثم هو مخير بين تملكها و عليه ضمانها، و بين الصدقه بها عن مالكها و لكن لو حضر المالك و كره الصدقه لزم الملتقط ضمانها إما مثلا- أو (و إما خ ل) قيمه، و بين إبقائها فى يد الملتقط أمانه لمالكها من غير ضمان إلا بتعد أو تفريط و نحوهما فى مده الحول، كما صرح بذلك الشيخ و ابن زهره و الفاضل و الشهيدان و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل فى التذكره نسبته إلى علمائنا، بل فى الغنيه و محكى الخلاف الإجماع عليه.

نعم عن المقنع الاقتصار على جعلها كسبيل المال بعد التعريف، و عن المقنعه و المراسم الاقتصار على ذكر التصرف المراد به الملك، و عن الوسيله التخيير بين التصرف و الحفظ لصاحبها لا- غير، و فى النهايه و محكى السرائر الاقتصار على التملك و الصدقه، بل فى الأخير إجماع أصحابنا على ذلك، و أنه الحق اليقين، بل منع من الإبقاء أمانه، و قال: «إنه مذهب الشافعى- إلى أن قال-: إن التخيير بين الثلاثه خلاف مذهبنا و قول أصحابنا و رواياتهم».

بل مقتضى ما حكاه فى الدروس عنه الانحصار فى التملك، قال فيها: «و قيل: يملكها بعد الحول بغير نيه و لا اختيار و يضمن» و هو ظاهر النهايه و المقنعه و خيره الصدوقين و ابن إدريس ناقلا فيه الإجماع.

و فى الخلاف «لا بد من النيه و اللفظ فيقول: قد اخترت تملكها».

و فى المبسوط «تكفى النيه، و الروايات محتمله للقولين، و إن كان الملك بغير اختياره أشهر، و تظهر الفائده فى اختيار الصدقه و النماء المتجدد و الجريان فى الحول و الضمان، ثم هل يملكها بعوض يثبت فى ذمته أو

بغير عوض ثم يتجدد بمجى ء مالكها؟ فى الروايات احتمال الأمرين، و الأقرب الأول، فيلحق بسائر الديون» انتهى.

و لا- ريب فى حصول الملك القهرى بتمام التعريف حولا- بناء على ما حكاه عنه، فلا صدقه عن المالك بها و لا أمانه، لكنه خلاف ما حكاه غيره عنها، كما أن ما حكاه من الأشهر لم أتحققه.

بل فى المختلف و التذكره و المسالك و الروضه و غيرها حكايه الشهره بخلافه، بل فى الغنيه الإجماع على ذلك، و ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله عند تعرض المصنف له.

و كيف كان فلا إشكال فى استفاده الفرد الأول منها من النصوص، مضافا إلى عدم الخلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

ففى

خبر أبى خديجه(۱)السابق المتقدم فى المملوك «ينبغى للحر أن يعرفها سنه فى مجمع، فإذا جاء طالبها دفعها إليه و إلا كانت فى ماله، فان مات كانت ميراثا لولده و لمن ورثه، فان لم يجى ء لها طالب كانت فى أموالهم هى لهم، إن جاء لها طالب دفعوها له».

بل قيل بإراده الملك من كل خبر اشتمل على كونها بعد التعريف «كسبيل المال» نحو

خبر داود بن سرحان (۲)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى اللقطه يعرفها سنه ثم هى كسائر ماله»

و خبر حنان بن سدير(۳)«سأل رجل أبا عبد الله (عليه السلام) عن اللقطه و أنا أسمع، قال: تعرفها سنه، فان وجدت صاحبها و إلا

فأنت أحق بها، و قال: هى كسبيل مالك، و قال: خيره إذا جاء بعد سنه بين أجرها و بين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۱۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۵.

إلى غير ذلک من النصوص التى يمكن دعوى تواترها بالنسبه إلى ذلک و إن كان لا يخلو من نظر، كما ستعرفه فى ما يأتى إنشاء الله تعالى فى المسأله الرابعه.

و أما الثانى فكذلک أيضا، ففى

خبر حفص بن غياث (۱)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم هل يرده عليه؟ فقال: لا يرده عليه، فان أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، و إلا كان فى يده بمنزله اللقطه يصيبها، فيعرفها حولا، فإن أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق بها، فان جاء صاحبها بعد ذلک خيره بين الأجر و الغرم، فان اختار الأجر فله الأجر و إن اختار الغرم فله الغرم».

و فى

خبر كثير(۲)«سأل رجل أمير المؤمنين (عليه السلام) عن اللقطه، فقال: يعرفها،

فان جاء صاحبها دفعها إليه و إلا حبسها حولا، فان لم يجى ء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها، فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها إن شاء اغترمها الذى كانت عنده و كان الأجر له، و إن كره ذلک احتسبها و الأجر له»

إلى غير ذلک.

و أما الثالث فيدل عليه- مضافا إلى الإجماع المحكى المعتضد بالشهره-

صحيح ابن مسلم (۳)عن الباقر (عليه السلام) «سألته عن اللقطه فقال:

تعرفها سنه، فان جاء طالبها و إلا فاجعلها فى عرض مالک، يجرى عليها ما يجرى على مالک حتى يجى ء لها طالب، فان لم يجى ء لها طالب فأوص بها فى وصيتک»

بناء على أن المراد بجعلها عرض المال حفظها فيه من غير عزل لها عنه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۱۰.

قـال الكاشـانى: «أى فى جملته و فى مـا بينه، من غير مبالاه بترك عزلها عنه، فان مثل هـذه اللقطه تسـتعمل فى مثل هـذا المعنى، يقال: يضربون الناس عن عرض: أى لا يبالون من ضربوا، و

فى حديث ابن الحنيفه(۱)«كل الجبن عرضا: أى اعترضه و اشتره و لا تسأل عمن عمله».

و صـحيح على بن جعفر(۲)«سأل أخاه موسـى (عليه السـلام) عن الرجل يصـيب درهما أو ثوبا أو دابه كيف يصـنع؟ قال: يعرفها سنه، فان لم يعرف جعلها فى عرض ماله حتى يجى ء لها طالب فيعطيها إياه، و إن مات أوصى بها، و هو لها ضامن»

بناء على إراده أن ردها إذا جاء الطالب فى عهدته من الضمان، لا أن المراد قيمتها فى ذمته و هى ملك له، فإنه لا يناسب ما سبق من الحديث.

كل ذلك مضافا إلى انسياق الإباحه من الأمر بالصدقه و التملك باعتبار ورودهما فى مقام توهم الحظر.

و إلى معلوميه عـدم وجوب التملك عليه بالقيمه و الصـدقه مع الضـمان، بل لعل الإبقاء أمانه من الإحسان الـذى لا اعتراض عليه فيه، بل قد يدعى أن ذلك هو الأصل فيها.

و إلى ما تقدم فى الضاله و الإنفاق عليها التى يمكن دعوى كون المقام أولى منها بذلك.

هذا و لكن فى الرياض «أن الثالث لم يرد به نص، كأصل التخيير بينه و بين أحد

الأـمرين، لظهور النصوص الوارده فيهـا فى تعين أحـدهما لا التخيير مطلقا، إلا أنه قيل: يفهم الإجماع عليه فى التـذكره، فإن تم و إلا كان مشكلا، لما يأتى من الخلاف فى توقف التملك على النيه أو

۱- ۱ الوافى المجلد الثالث- ج ۱۰ ص ۴۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

حصوله قهرا، و علیه لا معنی للإبقاء أمانه».

قلت: و لا الصدقه عن المالک بعنوان أنه ماله، علی أنک ستعرف إنشاء الله تعالی ما فی القول المزبور، و الله العالم.

هذا کله إذا کانت اللقطه مما تبقی حولا.

و أما لو کانت مما لا یبقی کالطعام و الرطب الذی لا یثمر و البقول و نحوها قومه علی نفسه و انتفع به بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، ل

خبر السکونی (۱)بل قویه «عن سفره وجدت فی الطریق مطروحه کثیر لحمها و خبزها و جبنها و بیضها و فیها سکین، قال: تقوم ما فیها ثم یؤکل، لأنه یفسد و لیس له بقاء»

إلی آخره.

و فی آخر(۲)«فان وجدت طعاما فی مفازه فقومه علی نفسک لصاحبه ثم کله، فان جاء صاحبه فرد علیه القیمه».

نعم قد یقال بعدم اعتبار التقویم علی النفس و إن کان هو المذکور فی کلام الأکثر- بل لم یذکر أحد قبل الفاضل بیعه علی غیره- و اشتمل علیه ما فی الخبرین الذی یمکن تنزیل أولهما علیه.

لکن معقد إجماع الغنیه التصرف فیه و التعلیل فی الأول و احتمال جریان التقیید مجری الغالب من عدم وجود غیره فی المفازه و القطع بعدم الفرق بینه و بین غیره یؤید الأول.

و لذا صرح الفاضل و الکرکی و ثانی الشهیدین و غیرهم بجواز بیعه و حفظ ثمنه، بل عن ظاهر التذکره الإجماع علی التخییر بین البیع و تعریف الثمن و بین التقویم و التملک و التعریف حولا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹.

و كأنه فهم ممن تقدمه إراده المثال من التقويم على النفس، إلا أن مقتضى ذلك عدم اعتبار كون البيع من الحاكم.

لكن فيها «لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لأنه مال الغير، و لا ولايه

له عليه و لا على مالكه، فلم يجز بيعه إلا له كغير الملتقط» بل قال فيها: «إذا باع بدون إذنه مع وجوده كان البيع باطلا».

و هو و إن كان أحوط إلا- أن مقتضى إراده المثاليه فى النص و الفتوى جواز تولى ذلك مطلقا، كما يقومه على نفسه من غير إذن الحاكم، بل لعل ثبوت ولايه التملك له و الصدقه بعد التعريف يومئ إلى ذلك.

بل لعل ثبوتها له مع تعذر الحاكم يومئ إليه أيضا، ضروره عدم ثبوتها فى غير المقام لغير الحاكم مع تعذره، بل يبقى الشى ء معطلا، إلا إذا حصل عدول المؤمنين و قلنا بثبوت ولايتهم حينئذ.

بل قد عرفت سابقا منا قوه القول بما يستفاد من صحيح الجاريه(۱)المشتمل على حل بيعها لمن التقطها بما أنفق عليها.

و دعوى أن التقويم على النفس يحتاج إلى الحاكم أيضا مع وجوده فلا يتم الاستظهار المزبور يدفعها ظهور النص و الفتوى فى خلافه، حتى من التذكره التى هى العمده فى الخلاف قد أطلق فيها جواز الأكل له مع التقويم، و اعتبر الحاكم فى البيع.

و لذا أشكله الكركى بعدم الفرق بينهما فى الاشتراط و عدمه و إن قال:

إن مراجعه الحاكم فيهما أوجه لكن فيه ما لا يخفى. و منه يعرف النظر فيما فى الرياض من انسحاب الخلاف إليه.

و على كل حال فلا ريب أن الثمن حينئذ أمانه مع قبضه لا يضمنه إلا بالتعدى أو التفريط، و له عدم إفرازه عما فى ذمته، لإطلاق النص

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۸.

و الفتوی، بل ربما یکون فی بعض الأحوال أولی من جهه عدم خشیه التلف علیه.

و المدار فی القیمه علی یوم الأکل لا یوم الأخذ و لا أعلی القیم، و هل له ذلک من أول الأمر أو لا بد من التأخیر إلی آخر زمان الخوف من الفساد؟ وجهان، أحوطهما بل أقواهما الثانی، و عن جماعه الجزم بأنه لا یجوز له إبقاء ذلک حتی یتلف، فان فعل ضمن، بل نفی الریب عنه الکرکی.

و هو متجه مع إمکان الدفع إلی الحاکم أو البیع علی الغیر، أما مع فرض انحصار الأمر فی التقویم علی نفسه فقد یشکل بأن الأصل یقتضی عدم وجوبه، و الأمر فی الخبرین (۱)للرخصه، لأنه فی مقام توهم الحظر، فلا یراد منه الإلزام، خصوصا مع التضرر بذلک.

هذا کله مع اختیاره البقاء عنده و إن شاء دفعه إلی الحاکم کما صرح به الشیخ و المصنف و من تأخر عنه، بل ربما ظهر من التذکره عدم المخالف فیه إلا أحمد و لا ینافی ذلک توجه الخطاب إلیه فی الخبرین (۲)ضروره ثبوت ولایه الحاکم علی مثل ذلک. بل صرح أکثر من عرفت بأنه لا ضمان معه.

أما التعریف فهو کغیره من اللقطه یقوی عدم سقوطه عنه، کما صرح به الفاضل، لإطلاق دلیله و استصحابه، مع احتمال العدم، بناء علی أنه کولی الذات الذی لا تعریف مع الوصول إلیه.

و علی کل حال فظاهر الأصحاب بقاء التعریف فی مفروض المسأله، بل صرح به بعضهم، لإطلاق دلیله الذی لا ینافیه التصرف المزبور فیه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹ و الباب- ۲۳- منه الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹ و الباب- ۲۳- منه الحدیث ۱.

قبله، و هو المراد مما فی معقد إجماع الغنیه السابق لا سقوط التعریف، کما هو واضح، فیعرفه حینئذ نفسه دون الثمن الذی هو عوض الملتقط، و الله العالم.

و لو کان بقاؤها أی اللقطه یفتقر إلی العلاج کالرطب المفتقر إلی التجفیف یرفع

خبرها إلی الحاکم الذی هو الولی لیبیع بعضا و ینفقه فی إصلاح الباقی، و إن رأی الحاکم الحظ فی بیعه أجمع و تعریف ثمنه جاز کما عن الشیخ و الفاضل التصریح بذلک کله.

لکن قد یناقش فی تعیین ذلک بما عرفت من ثبوت الولایه للملتقط علی فعل ذلک، و لعله لذا خیره فی محکی التحریر و الدروس بین ذلک و بین فعله، بل عن موضع من التذکره ذلک أیضا، بل فی المسالک هو حسن.

و کیف کان فمن هذا القسم الثوب الذی لا یبقی إلی آخر الحول إلا مع مراعاته بالهواء و نحوه کالصوف، فیجب حینئذ مراعاته، إلا أن ما لا یبذل فی مقابله أجره فی العاده من العمل یجب علی الملتقط تبرعا إن لم یدفعه إلی الحاکم، و الله العالم.

و فی جواز التقاط النعلین و الإداوه و السوط خلاف، أظهره الجواز مع کراهیه وفاقا للمشهور، بل لم یحک الخلاف فی الثلاثه إلا عن صریح الحلبی و ظاهر الصدوقین و ابن حمزه و ظاهر سلار فی الإداوه و زیاده المخصره.

و علی کل حال فلا دلیل لهم إلا

خبر عبد الرحمن (۱)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن النعلین و الإداوه و السوط یجده الرجل فی الطریق أ ینتفع به؟ قال: لا یمسه»

و نحوه آخر(۲).

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

و هما و إن أمكن تصحيح سنديهما إلا أنهما مع ذلک قاصران عن إفادتها على وجه يخرج به عن إطلاق ما دل على الجواز مما هو أولى من ذلک مما تكثر قيمته، ک

قوله (عليه السلام) فى مرسل الصدوق (۱)«أفضل ما يستعمله الإنسان فى اللقطه إذا وجدها أن لا يأخذها و لا يتعرض لها»

و غيره المعتضد بعمل الأصحاب عدا من عرفت.

بل و خصوص

حسن حريز(۲)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «لا بأس بلقطه العصا و الشظاظ و الوتد و الحبل و العقال و أشباهه، قال:

و قال أبو جعفر (عليه السلام): ليس لهذا طالب»

بناء على دخول الثلاثه فى

قوله (عليه السلام): «و أشباهه»

فضلا عما هو كالتعليل له من

قوله (عليه السلام): «ليس لهذا طالب»

و إن كان فيه ما فيه كما تسمعه.

و لكن عليه يستفاد منه عدم الكراهه أو عدم شدتها فيها، و هو مناف لفتوى المشهور، اللهم إلا أن يكون وجهه أن فتوى من عرفت بالحرمه يوجب مزيد مرجوحيه لالتقاطها و إن لم نقل بها.

بل ربما كان فى التقاطها مرجوحيه أخرى إذا كانت من الجلود، بناء على ما ذكره غير واحد من الحكم بكونه ميته حينئذ و إن لم نقل به نحن إذا كان فى أرض الإسلام.

قال فى المسالک هنا: «و لا يخفى عليک أن الأغلب على النعل أن يكون من الجلد، و الإداوه بالكسر: هى المطهره، و هى تكون من الجلد أيضا، و كذا السوط أيضا، و

إطلاق الحكم بجواز التقاطها إما محمول على ما لا يكون منها من الجلد، لأن المطروح منه مجهولا ميته،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

لأصاله عدم التذكيه، أو محمول على ظهور أمارات تدل على ذكاته، فقد ذهب بعض الأصحاب إلى جواز التعويل عليها، و إطلاق النهى عن مسها يجوز أن يستند إلى ذلك، إلا أن الأصحاب فهموا منه خلافه».

قلت: و كفى بفهمهم حجه على أن ما يوجد فى أرض الإسلام و فيه أثر الاستعمال محكوم بكونه مذكى، و منه خبر السفره(۱)و فى الرياض هنا نسبته إلى اتفاق النص و الفتوى، و حينئذ يتجه عدم الاختصاص بالثلاثه، بل هو فى كل جلد و شبهه.

و قد يقال: إن شده الكراهه فى الثلاثه لاختصاصها بالنهى و إن كان هو جوابا للسؤال عنه، خصوصا بعد التسامح فى أدله السنن.

بل قد يقال: إن مراد المصنف و نحوه بيان أصل الكراهه فى مقابل القول بالحرمه لا شدتها، نعم يرد ذلك على من صرح بها.

و كذا الكلام فى قوله: يكره التقاط العصا و الشظاظ و الوتد و الحبل و العقال و أشباه هذه من الآلات التى يعظم نفعها و تصغر قيمتها بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك إلا ما يحكى عن الحلبى أيضا من حرمه الشظاظ الذى لم نجد له ما يدل عليه.

بل فى الحسنه(۲)المزبوره ما يدل على خلافه، بل و على عدم الكراهه أو شدتها فى نحو ذلك بناء على إراده عدم الاعتناء بها من

قوله (عليه السلام) فيها: «ليس لهذا طالب».

اللهم إلا أن يكون المراد منه أن الناس الملتقطين لا يطلبونه، لأنه لا اكتساب فيه مع قله قيمته و كثره نفعه، فيكون كلاما مستقلا، لا أنه كالتعليل.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۲- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

و ربما يؤيـده ما يظهر من المحكى عن المفيـد من أن الوجه فيها أن فقـدها قـد يؤدى إلى هلاك صاحبها، لأن الإداوه يحفظ ما يقوم به الرمق و الحذاء يحفظ رجل الماشى من الزمانه و الآفات، و السوط

يسير البعير، فإذا تلف خيف عليه من العطب.

و منه حينئـذ يتجه الكراهه فى العنوان المزبور الذى ذكره المصـنف و غيره و إن كان هو كما ترى، و لعل الأولى الاكتفاء بفتوى من صرح بالشده للتسامح، و أما ما أرسله فى المسالك من النهى فلم نتحققه.

هذا و من الغريب ما فى التنقيح من أن تحقيق المقام فى هذه أجمع الحرمه مع بلوغ النصاب، و الكراهه الزائده على كراهه أصـل الالتقاط مع عدمه، إذ هو كما ترى يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، و الله العالم.

و كيف كان فقـد عرفت سابقا ما يـدل على أنه يكره أخـذ اللقطه مطلقا بل فى المتن و غيره خصوصا للفاسق الـذى لا يأمن على نفسه القيام بحدودها، و ربما كان فى بعض نصوص لقطه الحرم (۱)نوع إيماء إليه و إن كان ستعرف ما فيه.

و أما لو علم الخيانه ففى القواعد و الدروس و غيرهما الحرمه، لأن الأخذ الذى يكون وسيله إلى الحرام حرام.

لكن فى التذكره «إذا علم الخيانه من نفسه حرم، و أما الأمين فى الحال إذا علم أنه إذا أخذها خان فيها و فسق

فالأقرب الكراهه الشديده دون التحريم» و نحوه ما فى التحرير من أنه «لو علم الخيانه من نفسه فالأقرب شده الكراهه لا التحريم».

و هو كما ترى، بل فى القواعد و لو خان ففى الجواز نظر، بل فى الإيضاح أن الأصح التحريم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ۲ و ۵ من كتاب الحج.

و فی جامع المقاصـد أنه أولی، لأن الخوف من الوقوع فی المحرم الموجب للنار یجب دفعه باجتناب ما یقتضـیه، و لأن الأمانه لا تلیق لمن لاـ یثق بنفسه، و إن کـان فیه مـا لاـ یخفی من عـدم الحرمه، و لـذا جزم بالکراهه فی الـدروس، للأصل و عـدم معلومیه تحقق المانع.

اللهم إلاـ أن یثبت من دلیـل خـارج فی کـل ما علم ترتبها علیه بسوء اختیاره أو یخاف من ذلک، کما ذکروه فی وجوب النکاح علی من یخاف علی نفسه الوقوع فی المحرم باختیاره مع للترک.

بل ذکروه فی غیر ذلک من قبول الولایه من الجائر و فی تولی القضاء و نحوه، بل لعل جمله من النصوص تشعر بذلک، بل ربما کانت ظاهره فیه أو صریحه.

هذا کله فضلا عن احتمال انسیاق إطلاق أدله الاذن بالالتقاط لغیره، فیحرم حینئذ للأصل.

و بذلک کله ظهر لک الحال فی جمیع صور المسأله، و هی الخیانه حال الالتقاط، و لا ریب فی الحرمه، و العلم بها بعد ذلک، و الخوف منها بعد ذلک أیضا، و غیرها.

و کیف کان فقـد ذکر غیر واحد أنها یتأکد أیضا فیه مع العسـر الذی قد یکون سـببا لعدم وصولها إلی مالکها لو ظهر، بل صـرح بعض بتأکـدها فیه أیضا و إن لم یکن فاسـقا، و الأمر فی ذلک کله سـهل بعـد التسامح، و إلا فقد یشـکل إثبات الحکم الشـرعی بمثل ذلک، خصوصا بعد

صحیح علی بن جعفر(۱)عن أخیه (علیه السلام) «عن اللقطه یجدها الفقیر هو فیها بمنزله الغنی، فقال: نعم، قال:

و کان علی بن الحسین (علیهما السلام) یقول لأهله: لا تمسوها»

و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹.

و يستحب الاشهاد عليها إجماعا فى محكى الخلاف و عند علمائنا فى محكى التذكره،

و هو كذلك؛ فانى لم أجد خلافا بيننا فى عدم الوجوب.

نعم عن أبى حنيفه و الشافعى فى أحد قوليه ذلك، و لعله للأمر فى

المروى من طرقهم (۱)«من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوى عدل، و لا يكتم و لا يغيب»

الذى لو لا التسامح فى الندب و فتوى الأصحاب به- مؤيدا معه بأن فيه صيانه للنفس عن الطمع فيها و حفظا لها عن الخلط بماله لو عرض له عارض- لكان قاصرا عن إثباته فضلا عن الوجوب.

و ينبغى له أن يعرف الشهود بعض الصفات دون الجميع مخافه شياع أمرها، و ربما احتمل ذكر جميع الصفات حتى يخلص من احتمال تملك الوارث مثلا لو مات، و الأمر فى ذلك سهل و إن أطنب فيه بعض العامه، و الله العالم.

مسائل خمس:

[المسأله الأولى ما يوجد فى المفاوز أو فى خربه قد هلك أهلها فهو لواجده]

الأولى:

ما يوجد فى المفاوز أو فى خربه قد هلك أهلها فهو لواجده ينتفع به بلا تعريف، و كذا ما يجده مدفونا فى أرض لا مالك لها سواء كان عليه أثر الإسلام أو لا.

و فى النافع «ما يوجد فى خربه أو فلاه أو تحت الأرض فهو لواجده».

و مزجه فى الرياض «ما يوجد فى أرض خربه قد جلا عنها أهلها

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۱۸۷.

بحيث لم يعرفوا أصـلا، أو فى فلاه: أى أرض قفره غير معموره من أصلها، أو تحت الأرض التى لا مالك لها ظاهرا فهو لواجده، فيملكه من غير تعريف إجماعا إذا لم يكن عليه أثر الإسـلام من الشهادتين أو اسم سلطان من سلاطينه، و على الأقوى مطلقا وفاقا للنهايه و الحلى و غيرهما».

و فى الكفايه بعد أن ذكر الثلاثه التى فى المتن قال: «و المشهور عدم الفرق بين أن يكون عليه أثر الإسلام أو لم يكن».

قلت: لم أتحقق الشـهره المزبـوره فضـلا عن الإجمـاع، إذا المحكى عن المقنع «و إن وجـدت لقطه فى دار و كـانت عـامره فهى لأهلها، و إن كانت خرابا فهى لك».

و فى النهايه «اللقطه على ضـربين: ضـرب منها يجوز أخذه، و لا يكون على من أخذه ضـمانه و لا تعريفه، و هو كل ما كان دون الدرهم، أو يكون ما يجده فى موضع خرب قد باد أهله و استنكر رسمه» و نحوه فى التحرير و محكى السرائر.

و قـال فيهـا أيضـا: «و إن وجـد كنز فى دار انتقلت إليه بميراث عن أهله كـان له و لشـركائه فى الميراث إن كان له شـريك، فان كانت الدار انتقلت إليه بابتياع من قوم عرف البائع إن عرفه، و إلا أخرج خمسه إلى مستحقه، و كان له الباقى، و كذلك من ابتاع بعيرا أو بقره أو شاه فذبح شـيئا من ذلك فوجد فى جوفه شيئا له قيمه عرفه ممن ابتاع ذلك الحيوان منه، فان عرفه أعطاه و إن لم يعرفه أخرج منه الخمس، و كان له الباقى، فإن ابتاع سـمكه فوجد فى جوفها دره أو سبيكه أو ما أشبه ذلك أخرج منها الخمس، و كان له الباقى».

و فى المقنعه «و من وجد كنزا فى دار» إلى آخر ما سمعته من النهايه.

و فی الوسیله «و إن وجد خافیا تحت الأرض فی خراب لم یعرف له صاحب أخرج منه الخمس، و الباقی له، و إن عرف له مالک عرف، فان عرف رد علیه، و إن لم یعرف أخرج منه الخمس علی ما ذکرنا» إلی آخر ما ذکره.

و عن الغنیه «و کذا إن وجد فیما لا یعرف له مالک من الدیار الدارسه» و إن کنت لم أتحققه فیما حضرنی من نسختها.

و عن فقه الراوندی «و ما یوجد فی موضع خرب مدفونا لا من أثر أهل هذا الزمان».

و لیس فی شی ء منها ذکر الثلاثه، و الأصل فی ذلک

صحیح محمد ابن مسلم (۱)عن الباقر (علیه السلام) «سألته عن الدار یوجد فیها الورق، فقال: إن کانت معموره فیها أهلها فهو لهم، و إن کانت خربه قد جلا عنها أهلها فالذی وجد المال أحق به».

و صحیحه الآخر(۲)عن أحدهما (علیهما السلام) «سألته عن الورق یوجد فی دار، فقال: إن کانت الدار معموره فیها أهلها فهی لأهلها، و إن کانت خربه فأنت أحق بما وجدت».

و فی

مرسل الفقیه (۳)«و إن وجدت لقطه فی دار و کانت عامره فهی لأهلها، و إن کانت خرابا فهی لمن وجدها».

و قد تقدم موثق إسحاق بن عمار(۴)المشتمل علی قضیه السبعین درهما التی وجدها فی بعض منازل أهل مکه.

و لیس فی شی ء منها ذکر المفازه، بل لم أعثر علیه فی شی ء من النصوص سوی ما سمعته من مرسل الفقیه (۵)أیضا «فإن وجدت طعاما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹.

فی مفازه فقومه علی نفسک لصاحبه ثم کله، فان جاء صاحبه فرد علیه القیمه» و به عبر فی المقنعه و النهایه.

و هو غیر ما نحن فیه قطعا، فلیس حینئذ إلا إلحاق القسمین بالخربه التی یمکن دعوی استفاده التعلیل من تعلیق الحکم علیها علی وجه یشمل غیرها مما کان نحوها.

و من هنا قال فی الکفایه: «و الروایه مختصه بالدار، لکن لا یبعد استفاده التعلیل منها، فیلزم العموم، و فیه

أیضا تخصیص بالورق و لم أجد أحدا من الأصحاب قال بأحد القیدین».

و فی الریاض بعد ذکرهما «و أخصیتهما من المدعی- باختصاصهما بالورق و الموجود فی الدار الخربه، فلا یعمان مطلق اللقطه، و لا- الموجود منها تحت الأرض و فی المفاوز- مدفوعه بالإجماع المرکب، مع إمکان اندفاع الأخصیه باعتبار الاختصاص بالأرض الخربه باستلزام ثبوت الحکم فی لقطتها إیاها فیما عداها بطریق أولی».

و کأنه أخذه من المقدس الأردبیلی، فإنه بعد أن ذکرهما قال:

«و الظاهر أن لا خصوصیه للورق، و کأنه إجماع».

هذا فی الخربه، و کأنه حمل علیه المفاوز، فإن العله هی کونها خربه و عدم أهلها فیها کما هو الظاهر منها، بل المفازه أولی، إذ الخربه کانت معموره مسکونه فی بعض المده إلا- أنه هلک و انجلی عنها بخلاف المفازه، فإنها دائما بلا أهل، و کذا الأرض التی لا مالک لها.

و معلوم أن هذا الحکم فیما إذا لم یعلم له مالک بالفعل معین و لا غیر معین، و إلا فمع التعیین یجب دفعه إلیه، و مع عدمه لقطه أو مال موجود بید شخص تعذر صاحبه، فیتصدق به مثل المال المجهول صاحبه، و یسمی برد المظالم، و قد مر مثله مرارا فتذکر.

و معلوم أیضا أن المراد عـدم ملکیه الخرابه و إلا فیعرف المالک فالمالک إلی أن ینتهی إلی العارف فیأخـذه، و إلا فهو لواجده، و فی بعض العبارات «یتصدق به».

و من ذلـک کله یظهر لـک أنه لیس الحکم کما اشـتهر فی عصـرنا لفتوی بعض أجلائه أن جمیع ما یوجـد فی المفازه أی البریه قفرا أو غیرها و فی الدار الخربه و فی الأرض التی لا مالک لها مدفونا لواجده بلا تعریف حتی لو علم مالکه.

بـل حکی بعض من أثق به أنه سـقط منه فی السـفر بعض أسـبابه فعثر علیه بعض خـدامه فجاء به إلیه فـامتنع منه لصـیرورته ملکا لواجده، بل حکی لی أیضا أنه إذا سقط منه شی ء و هو واقف علیه فجاء به آخر إلیه لا یأخذه منه حتی یستوهبه.

و لاـ ریب فی أن ذلـک کله من تخریب الفقه، بـل یمکن دعـوی کون الضـروره علی خلافه، و ظنی أن من ادعی الإجمـاع فی المقام حکاه علی مضـمون عباره المتن من غیر تحقیق لها إلا أنه لما رأی بعض الناس کالمقداد فی التنقیح و ثانی الشـهیدین فی المسالک جعلا الخلاف فی مقابله التقیید بأثر الإسـلام و عدمه فظن الإجماع علی الفاقد لأثر الإسلام، و أن الخلاف منحصر فیما کـان علیه أثره، ثم اختار الإطلاق، و جعل کل معلوم أنه لأهل ذلک الزمان ضائع منهم فی المفازه و الـدیار الـدارسه لواجـده، و کذا المدفون فی الأرض التی لا مالک لها ظاهرا.

و هـذا کله من عـدم إعطاء التأمل حقه فیما ذکروه سابقا فی السـفره الموجوده فی المفازه التی صـرحوا بتقویمها علی نفسه و أنه یعرف الثمن، و قد سمعت حکمهم بکراهه التقاط الثلاثه و الخبر(۱)الوارد فیها، و أنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

یجدها فی الطریق الظاهر فی طریق الصحاری کما سمعته من عباره المقنعه.

و قال الفاضل فی القواعد: «و لو التقط فی الصحراء عرف فی أی بلد شاء» و نحوه فی التحریر و محکی المبسوط.

و فی جامع المقاصد تعلیله بعدم أولویه بلد علی آخر «و لا یجب أن یغیر قصده و یعدل إلی أقرب البلاد إلی ذلک الموضع أو یرجع إلی مکانه الذی أنشأ السفر منه، نعم إن اجتازت قافله عرفها فیهم، صرح

بذلک کله المصنف فی التذکره، و قال بعض الشافعیه: یعرفها فی أقرب البلدان».

و قال فی التذکره: «و لو التقط فی الصحراء فان اجتازت به قافله تبعهم و عرفها فیهم، و إلا فلا فائده فی التعریف فی المواضع الخالیه، و لکن یعرف عند الوصول إلیها، و لا یلزمه أن یغیر قصده و یعدل إلی أقرب البلاد إلی ذلک الموضع أو یرجع إلی مکانه الذی أنشأ السفر منه، و قال بعض الشافعیه: یعرفها فی أقرب البلدان إلیه، نعم لو التقطها فی منزل قوم رجع إلیه و عرفها، فان عرفوها فهی لهم، و إلا فلا، لما

روی إسحاق بن عمار(۱)«أنه سأل الکاظم (علیه السلام) عن رجل نزل بعض بیوت مکه»

إلی آخره.

و فی الدروس «فان التقط فی بریه عرف من یجده فیها، و أتم إذا حضر فی بلده» إلی غیر ذلک من کلماتهم التی ظاهرها المفروغیه من ذلک لإطلاق أدله اللقطه.

و احتمال کون المراد من الصحراء غیر المفاوز و الأماکن الخربه کما تری، فإنه و إن قیل: إن المفازه الأرض المهلکه، و أنها سمیت بذلک تفؤلا بالنجاه، بل قیل: إن الفلاه کذلک. لکن قد عرفت تعلیق حکم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

الطعـام علیها فی المرسل (۱)و المقنعه و النهـایه، و من المعلوم إراده مطلق الـبریه منهـا، کمـا أنه علق حکم الشـاه و نحوهـا علی وجودها فی الفلاه و لیس المراد منها إلا البریه المقابله للمعمور، لا خصوص مکان مخصوص من البریه.

علی أن من الطرق المسـتعمله للنـاس ما هو مفاوز لا کلأ و لا ماء فیها و مهلکه لغیر المسـتعد من غیرها و قـد سـمعت تصـریحهم بوجوب التعریف لما سقط فیها.

بل الظاهر أن کثیر من الأراضـی کانت مسـکونه فی الأعصار السابقه کما تشـهد به الآثار، و مقتضـی ذلک کون جمیع ما یسـقط فیها من الناس یحل لواجـده، لأنه الموجود فی الخربه و فی المفازه، و هو شـی ء من الغرائب نسأل الله تعالی شأنه الإقاله من هذه العثرات.

هذا کله مضافا إلی اختلاف کلماتهم فی محل البحث، فمنها ما سمعته.

و منها ما فی قواعد الفاضل «و ما یوجد فی المفاوز أو فی خربه قد باد أهلها فهو لواجده من غیر تعریف إن لم یکن

علیه أثر الإسلام، و إلا فلقطه علی إشکال، و کذا المدفون فی أرض لا مالک لها».

و فی التـذکره «ما یوجد فی المفاوز أو فی خربه قد باد أهلها فهو لواحده من غیر تعریف إن لم یکن علیه أثر الإسـلام، و إلا فهو لقطه، و کذا المدفون فی أرض لا مالک لها، و لو کان لها مالک فهو له قضاء للید- إلی أن ذکر الصحیحین (۲)دلیلا علی ذلک ثم قال-: و لا ینافی هذا ما رواه

محمد بن قیس (۳)عن الباقر (علیه السلام) «قضی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ و ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه الحدیث ۵.

علی (علیه السلام) فی رجل وجد ورقا فی خربه أن یعرفها، فان وجد من یعرفها و إلا تمتع بها»

لأنه محمول علی ما إذا کان لها مالک معروف أو کان علی الورق أثر الإسلام».

و مقتضاه أن الموضوع فی الأول ما لم یکن له مالک معروف، و هو مما یعلم أنه لأهل الزمان القدیم.

و فی التحریر «و کذا- مشیرا به إلی ما دون الدرهم- ما یجده فی موضع خرب قد باد أهله و استنکر رسمه».

و فی التبصره «و ما یوجد فی فلاه أو خربه فلواجده، و لو کان فی مملوکه عرف المالک، فان عرفه فهو له، و إلا فللواجد».

و فی الإرشاد «المدفون فی الأرض التی لا مالک لها أو المفاوز أو الخربه فهو لواجده».

و عن المبسوط أنه فصل فقال: «إن کان مدفونا علیه سکه الإسلام فلقطه، و إلا أخرج خمسه و الباقی له» و عن المختلف أنه استحسنه.

و فی الإیضاح بعد أن حکی عن النهایه و ابن إدریس عدم التعریف بما یوجد فی موضع خرب لصحیح ابن مسلم (۱)قال: «و أجاب المصنف بحمله علی انتفاء سکه الإسلام أو بعد التعریف حولا، و ذهب فی المبسوط إلی أنه لقطه مع أثر الإسلام علیه، لدلالته علی سبق ملک المسلمین، و هو الأقوی عندی».

و قال فی التنقیح فی شرح ما سمعته من عباره النافع: «هذا قول الشیخ فی النهایه، و تبعه ابن إدریس، و المستند روایه محمد مسلم (۲)- إلی أن قال-: و قال

فی المبسوط و اختاره العلامه: إن کان علیه سکه الإسلام فلقطه، و إلا أخرج خمسه و الباقی له، و علیه الفتوی، لأنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

مع وجود الأثر يثبت يد مسلم، فلا يحل إلا عن طيب نفسه أما مع عدمه فالأصل الإباحه، و عليه تحمل الروايه».

و قال أيضا: «فى ما يوجد مدفونا فى الأرض المملوكه بشراء مثلا أنه يعرف المالك الأول، فإن عرفه فهو له من غير بينه و لا وصف، و إلا فاما أن يكون عليه أثر الإسلام أو لا، و الأول لقطه إجماعا، و يجب تعريفه، و لا يحل تملكه إلا بعد التعريف، و الثانى للشيخ فيه قولان:

أحدهما أنه لقطه، لانطباق تعريفها عليه، فيراعى فيه أحكامها من غير اعتبار الدرهم و التعريف فيه، و ثانيهما أنه لواجده، و عليه الخمس، و الفتوى على ذلك، لصدق الكنز عليه، و قد تقدم أن الكنز فيه الخمس، و هذا تحقيق هذه المسأله».

و قال فى اللمعه: «و الموجود فى المفازه و الخربه و مدفونا فى أرض لا مالك لها ظاهرا يملك من غير تعريف إذا لم يكن عليه أثر الإسلام، و إلا وجب التعريف» و نسبه فى الروضه إلى الأشهر.

و فى الدروس «و كذا- أى دون الدرهم- ما يوجد فى أرض لا مالك لها أو خربه باد أهلها و إن تجاوز الدرهم، و قيده فى المبسوط ببقاء أثر الإسلام و إلا وجب تعريفه، و

صحيحه محمد بن مسلم (۱)مطلقه، حيث قال: «و إن كانت خربه فأنت أحق بما وجدت»

و يمكن حملها على الاستحقاق بعد التعريف فيما عليه أثر الإسلام».

و فى جامع المقاصد فى شرح ما سمعته من عباره القواعد «أى و إن كان عليه أثر الإسلام فإشكال ينشأ من عموم صحيح محمد بن مسلم (۲)و من أن أثر الإسلام يقتضى سبق يد للمسلمين، فيكون لقطه يجب تعريفه، و يشكل بأن أثر الإسلام قد يصدر من غير المسلمين، إلا أن يقال: إن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

ضمیمه الدار إلیه یؤید کونه للمسلمین، و لأنه أشهر و أقرب إلی یقین البراءه، و علیه تنزل روایه محمد بن قیس (۱)عن الباقر (علیه السلام) و هو الأقرب، و یتحقق أثر الإسلام بإحدی الشهادتین إذا کانت مکتوبه علیه، و کذا اسم سلطان من

سلاطین الإسلام و نحو ذلک، و هذا إذا کان فی بلاد الإسلام، کما سبق فی الخمس».

إلی غیر ذلک من عباراتهم التی هی علی اختلافها أجنبیه عما سمعته من أجلاء بعض أهل العصر، خصوصا ما اشتمل منها علی التفصیل بأثر الإسلام الذی منه یعلم عدم تملک اللقطه التی تکون من أموال أهل هذا الزمن فی المفازه و الخربه، ضروره أولویتها مما علیه أثر الإسلام القدیم.

بل ظاهرهم إقعاد قاعده و هی احترام مال المسلم، و أنه لا یکون کالمباح نحو مال غیره، لعموم ما دل (۲)علی احترام ماله إلا ما کان بعنوان الالتقاط المعروف.

و لذا اعتبروا فی الذی یکون لواجده أن لا یکون علیه أثر الإسلام، لیستدل به علی عدم الاحترام و إن کان فی أرض الإسلام، بخلاف ما کان علیه أثره، أو فاقد الأمرین و لکن کان فی أرضهم الملحق ما فیها أیضا بهم، فإنه یبقی علی الاحترام الذی یناسبه التعریف اللفظی أو غیره مما یخرج به عن کونه مباحا لمن وجده، نحو الموجود فی دار أهل الحرب الذی صرح غیر واحد بأنه لواجده و إن کان فیه أثر الإسلام، تغلیبا للأرض علی الأثر و إن کان قد یشکل الفرق بینهما بالنسبه إلی ذلک.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۵۲- من أبواب أحکام العشره- الحدیث ۹ من کتاب الحج و الباب- ۳- من أبواب القصاص فی النفس- الحدیث ۳ و المستدرک- الباب- ۱- منه- الحدیث ۱۷ من کتاب الحدود.

کما أنه قد یشکل أصل القول بالتفصیل المزبور بعدم دلیل علیه یعارض ما عرفت سوی ما قیل من دلاله الأثر علی سبق ید المسلم فیستصحب، و من الجمع بین الصحیحین (۱)السابقین و

الموثق (۲)«قضی علی (علیه السلام) فی رجل وجد ورقا فی خربه أن یعرفها، فان وجد من یعرفها، و إلا تمتع بها»

بحمل الأولین علی ما لا أثر علیه، و الأخیر علی ما علیه الأثر.

و فیه- مع أن الأثر المزبور قد یصدر من غیر المسلم، و فقد التکافؤ عددا و سندا، و کون الموثق قضیه فی واقعه و اقتضائه حمل الصحیحین علی الفرد النادر- أنه لا شاهد علیه.

و من ذلک یظهر لک أن الجمع بحمل ما فی الأولین علی ما یوجد فی تلک الأماکن مما هو معلوم أو ظاهر فی أنه للأعصر السالفه و الموثق علی الموجود فیها مما هو معلوم أو ظاهر لأهل ذلک الزمان، ضروره کونه المناسب للأمر بتعریفها دون الأول الذی یمکن دعوی کونه من غیر اللقطه، لعدم تحقق وصف الضیاع فیه، و إنما هو

شی ء جعله الشارع لواجده و إن کان علیه أثر الإسلام، بل لو علم کونه للمسلمین المنقرضین، و لذا کان العنوان فی أکثر کلام الأصحاب «ما یجده» من دون وصف کونه لقطه بالمعنی المتعارف.

و بذلک یظهر لک وجه إلحاق المفاوز و الأرض التی لا مالک لها بالخربه التی لا مالک لها، ضروره اتحاد الجمیع فی الحکم المزبور، بل العامر کذلک أیضا، و لعل وجه التخصیص غلبه ذلک فیها دونه.

نعم لا فرق بین المدفون و غیره بل یتجه فیما دخل تحت اسم الکنز

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ و ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

من المـدفون التفصـيل بـأثر الإسـلام و عـدمه، فالأول لا يملكه واجـده، و الثانى لواجـده، و عليه الخمس إن ثبت الإجماع الـذى سمعته من التنقيح الذى يشـهد له كلامهم فى كتاب الخمس حتى ممن أطلق هنا، كالمصـنف و غيره، فيكون المراد هنا حينئذ ما لا يدخل تحت اسم الكنز، و إن كان دون ذلك خرط القتاد، بل لعل الظاهر خلافه كما هو المستفاد من الروضه و المسالك.

بل تقدم لنا فى كتاب الخمس (۱)تحقيق الحال فى ذلك، و أن القاعده المزبوره لا

تعارض إطلاق الدليل، نحو الموجود فى جوف الدابه و السـمكه الذى مقتضى إطلاق ما دل عليهما كونه للواجد، و أنه من رزق الله تعالى بعد إنكار البائع كونه له فى الأول (۲)و مطلقا فى الثانى (۳)كما ستعرف.

بـل مقتضـاه أنه كـذلك حتى لو علم كون ما فيها من أموال أهل زمن الواجـد إلا أنه غير معين، بل هو من موضوع اللقطه فضـلا عن موضوع المسأله الـذى هو معلوم أنه من مال أهل الأعصار السابقه الـذى لا يعقل لزوم التعريف فيه بعـد القطع بعدم مالك له يعرفه.

و على كـل حـال فما أدرى أن المعاصـر المزبور من أين أخـذ الحكم المـذكور مـدعيا عليه الإجماع، حتى اشـتهر فى البلـدان و استباحوا به كثيرا من الأـموال التى يجـدونها فى الفلاـه و لو طريق و غيره، مع أنك قـد عرفت الاقتصار على الموضع الخرب فى كلام القدماء، بل وصفهم بكونه قد

۱- ۱ راجع ج ۱۶ ص ۲۹- ۳۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب اللقطه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب اللقطه.

اندرس أهله و استنكر رسمه، كالصريح فى إراده الموجود فيها مما كان تابعا لها لساكنها.

بل قد عرفت تصريح الراوندى بذلك، كما أنك قد سمعت ما فى مجمع البرهان من كون ذلك من المعلوم، بل سمعت ما جمع فيه الفاضل فى التذكره بين الصحيحين و الموثق.

بل قد عرفت أن أول من زاد المفاوز و الفلاه المصنف و تبعه بعض من تأخر عنه، و أن ذلك لإشعار تعليق الحكم على الخربه بالتعليل المقتضى للتعميم فيما هو كالخربه من المال الذى يعلم عدم كونه لأهل زمن الواجد أو يشهد به الحال، لا أن المراد ما يكون فيها من أموال الناس الموجودين الذى هو باق على أصل الاحترام و عمومات الالتقاط أو حكم مجهول المالك أو غير ذلك.

نعم ربما تكون مناقشه فى الإلحاق المزبور و فى التفصيل بين المدفون و غيره فى الأرض التى لا مالك لها أو مطلقا، كما سمعته من الإرشاد و غيره، و إن ذكر بعض الوجوه الاعتباريه له، مثل عدم العلم بكونه من القديم مع فرض كونه على وجه الأرض، بخلاف ما إذا كان مدفونا و نحو ذلك مما يمكن منعه.

إلا أن ذلك كله لا مدخليه له فيما ذكرناه من تحقيق المقام الذى هو كون المراد من ذلك بيان كون المال الموجود فى أمثال هذه الأماكن مما كان مملوكا لأهل الأعصار السالفه لواجده، كما هو السيره و الطريقه فى نقل الآجر و غيره مما يجدونه فى خرابات الأوائل و الأراضى التى لا مالك لها مخصوص يعتاد الادخار فيها، و لعل هذه المسأله ليست من اللقطه و إنما هى مسأله مستقله ذكرت فيها لمناسبه ما.

و ليس المراد كل ما يوجد من أموال أهل عصر الواجد ساقطا أو

ضائعا فی هذه الأراضـی أو فی المفاوز أو مدفونا فی مسـجد أو خان أو أرض مفتوحه عنوه أو موات لواجده؛ ضـروره عدم دلیل صالـح لقطع ما دل (۱)علی احترام مـال المسـلم و أنه کـدمه و عرضه، بل لعل الضـروره علی خلافه، فإنه لم یسـمع أن من جمله أسباب الإباحه لأموال الناس المحترمه ذلک.

و ما أبعد ما بین ذلک و بین الاقتصار فی حل ما دون الدرهم من ماله الضائع منه.

و أطرف شی ء ما یحکی من الاستدلال

بالصحیح (۲)الذی تقدم فی الضاله و هو «من أصاب بعیرا أو مالا فی فلاه قد کلت و سیبها صاحبها لما لم تتبعه»

إلی آخره الذی قد عرفت إراده الدابه من المال فیه بقرینه التأنیث، و الإجماع علی عدم حل المال بمجرد وجوده فی الفلاه، علی أنه ظاهر فی الاعراض.

نعم غیره من الخبرین (۳)السابقین ظاهر فی ملک من وجـد دابه قد ترکت من جهد فی غیر کلأ و لا ماء فأحیاها، و قد ذکرنا أنه أعم من الاـعراض، إلاـ أنه مخصوص بـالحیوان، فلاـ یشـمل المـال الصـامت الموجود فی فلاه إلا بالقیاس الممنوع، خصوصا مع الفارق بالإحیاء الذی أشیر إلیه فی النصوص (۴)المفقود فی الفرض.

و بالجمله فالمدار علی ما عرفت من حل ما یوجد من المال الذی

---

۱ – ۱ الوسائـل– الباب– ۱۵۲– من أبواب أحکـام العشـره– الحـدیث ۹ من کتـاب الحـج و البـاب– ۱– من أبـواب القصـاص فی النفس– الحدیث ۳ و المستدرک– الباب– ۱– منه– الحدیث ۱۷ من کتاب الحدود.

۲– ۲ الوسائل– الباب– ۱۳– من کتاب اللقطه– الحدیث ۲.

۳– ۳ الوسائل– الباب– ۱۳– من کتاب اللقطه– الحدیث ۳.

۴– ۴ الوسائل– الباب– ۱۳– من کتاب اللقطه– الحدیث ۲.

اندرس أهله لواجده، دون غيره الذى يكون الاستيلاء عليه بعنوان الالتقاط أو مجهول المالك أو غير ذلك مما لا يحل به لواجده بمجرد وجدانه بل بالتعريف على الوجه

المزبور أو بالصدقه به عن صاحبه أو نحو ذلك.

و لعل الأصل فى كل ما شك فيه و لم يكن ثم شاهد حال يقتضى كونه لمن اندرس أو أهل العصر الاحترام، فلا بد من تعريفه إن كان لقطه، و الفحص إن كان مجهول المالك، ثم الصدقه به بعد اليأس أو الدفع إلى الحاكم.

و قد يقال: إن الأصل فى الموجود فى الخربه أن يكون من توابع سكانها حتى يعلم أنه لغيرهم، كما عساه يومئ إليه الحكم فى الصحيحين (۱)بكون الموجود فى المعموره لأهلها، و إن كان هو مقيدا بما فى موثق إسحاق (۲)بما إذا لم ينكروه.

و فيه أن الظاهر تقييده بما إذا عرفوه، و الفرض انعدام الشرط بانعدام أهله، فينعدم المشروط، فلا يحكم بكونه لهم، و يبقى على أصل الاحترام.

و دعوى اشتراطه بمعلوميه سبب الاحترام يدفعها أن الظاهر كفايه وجوده فى أرض الإسلام مع عدم شاهد حال يقتضى كونه لمن اندرس.

نعم لو كانت اللقطه فى دار الحرب لم يكن لها احترام، و كانت لواجدها على ما صرح به غير واحد، و وجهه واضح، و لكن

فى الدروس تقييد ذلك بما إذا لم يكن فيها مسلم، و كأنه أخذه مما سمعته فى حكم اللقيط، و فيه نظر.

و على كل حال فهو أمر آخر، كما أن ما ذكرناه فى كتاب الخمس.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللقطه- الحديث ۱ و ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللقطه- الحديث ۳.

فی تحریر مسأله الکنز(۱)کذلک، و ربما اقتضی ما سمعته هنا ملک الواجد له بعد العلم بکونه لمن اندرس و لو من المسلمین، و یجب علیه فیه الخمس إن لم یکن إجماعا منهم علی عدم ملک الواجد له بعد العلم بکونه من کنوز أهل الإسلام، کما هو الظاهر من کلامهم فی کتاب الخمس.

و علیه یتجه حینئذ تقیید کلامهم هنا بغیر الکنز الإسلامی أو علی أن المراد من الدفن ما لا یتحقق به اسم الکنز، کالدفن بالانهدام و نحوه و إن کان الآن لنا شک فی تحقق الإجماع المزبور علی وجه یخرج به عن إطلاق الصحیحین القاطع لقاعده احترام مال المسلم مؤیدا بالسیره المستمره علی ذلک.

و قد تقدم لنا بعض الکلام فی کتاب الخمس جریا منا علی ما ذکروه هناک الذی لا

یخلو من مخالفه لما هنا فی الجمله، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

هذا کله فیما ذکروه من الثلاثه.

و أما لو کان لها أی الأرض مالک معروف أو بائع عرفه، فان عرفه فهو أحق به، و إلا فهو لواجده کما صرح به غیر واحد، بل قیل: لا خلاف فیه، بل فی الغنیه الإجماع علیه إذا لم یکن علیه أثر الإسلام للصحیحین (۲)فی الحکم الأول، بل و موثق إسحاق بن عمار(۳)المشتمل علی السبعین دینارا.

بل ظاهرهم عدم اشتراط البینه و الوصف، بل مقتضی الصحیحین الحکم بکونه له و إن لم یعرفه، بل لعل ذلک مقتضی الید أیضا، إلا أنه لم أجد عاملا بهما علی الوجه، کما اعترف به فی الریاض.

۱- ۱ راجع ج ۱۶ ص ۲۷- ۳۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ و ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

و لعله لما فى الموثق من سؤال أهل المنزل لعلهم يعرفونها، قلت:

«فان لم يعرفوها قال: تصدق» إلا أنه كما ترى مشتمل على الأمر بالتصدق به، لا أنه يكون لواجده كما أفتى به الجماعه.

و ربما حمل على الاستحباب أو غيره جمعا، و فيه أنه لا معارض له، ضروره عدم دليل على كونه للواجد كى يجمع بينهما، و إرساله له فى المسالك لم نتحققه، بل الظاهر أنه توهم دلاله الصحيحين المعلوم خلوهما عن الحكم بكونه للواجد مع عدم معرفه المالك له.

بل لعل مقتضى الأصل عدمه أيضا إذا كان من المعلوم أنه لأهل زمان الواجد أو مشكوكا فيه، و لعله لذا حكى عن التحرير الاشكال.

بكونه للواجد.

نعم لو علم أنه للقديم أمكن حينئذ القول بكونه لواجده بناء على ما ذكرناه فى الموجود فى الخربات و نحوها من التعليل الشامل لنحو الفرض.

أو يقال يدل عليه صحيح (۱)الدابه الآتى بناء على حصول القطع بعدم الفرق بينهما و بين الأرض و إن كان هو محلا للنظر، بل إن لم يكن إجماعا أمكن منعه فى الدابه إذا كان المال معلوما أنه لأهل زمان الواجد ضروره كونه مالا ضائعا، فيندرج تحت موضوع اللقطه، و الأصل احترام مال المسلم، بل لعله كذلك فى المشكوك فيه للأصل المزبور.

نعم لو علم كونه من القديم اتفق أكل الدابه له بالرعى فى المباح و نحوه اندرج حينئذ فيما قلناه فى الخربات.

بل ربما يؤيد ذلك ما فى التنقيح من الإجماع على أن ما فى الأرض المملوكه لقطه إذا كان عليه أثر الإسلام و أنكره المالك، و ليس هو إلا للأصل المزبور، مع أن الأثر المفروض لا يقتضى كونه لأهل زمان الواجد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

فيرد عليه حينئذ نحو ما سمعته سابقا فى الموجود فى الخربه مما كان عليه أثر الإسلام السابق. بل فى الرياض استظهر عدم تماميه الإجماع ناسبا له إلى الظاهر المستفاد من الروضه و المسالک حيث أجريا الخلاف السابق فيه فى المسأله، ثم قال: «فالإطلاق أصح».

قلت: قد يقال: إن المتجه- مع عدم هذا الإجماع و الإجماع على كونه للواجد مطلقا- ما قلناه سابقا من كونه له إذا كان من المال القديم، و إلا كان لقطه مع تحقق وصف الضياع و لو بشاهد الحال، و إلا كان من مجهول المالک أو بحكمه يدفع إلى الحاكم أو يتصدق به.

ثم إن ظاهر المصنف و غيره كما اعترف به غير واحد عدم الفرق فى ابتداء التعريف بين القليل و الكثير، للأصل و اختصاص ما دل على تملک الأول من غير تعريف باللقطه، و هذا ليس منها.

لكن فى الرياض «إنما يصح هذا على المختار من عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره، و لا يصح على غيره، لكون ما عليه الأثر منها عند القائل بالفرق بينهما، و حكى فى التنقيح قولا عن الشيخ بكون ما لا أثر فيه لقطه إذا لم يعرفه المالک و لا البائع أيضا، و يدفعه النص جدا».

قلت: إنما الكلام فى التعريف ابتداء لمالک الأرض، و لا ريب فى عدم الحكم بكونه لقطه حينئذ، نعم لو أنكره ففيه البحث السابق.

و يتجه حينئذ تملک القليل منه إذا كان عليه أثر الإسلام و تحقق فيه وصف الضياع من أهل زمان الواجد، و يعرف الكثير منه.

أما مع عدم تحققه فيه للدفن و نحوه مما يقتضى عدم كونه ضائعا فهو من مجهول المالک أو بحكمه على حسب ما عرفته سابقا.

و أما ما لا أثر عليه فان شهد الحال بكونه لمن تقدم من الأعصار السالفه فهو لواجده حتى لو كان مستعيرا للأرض أو مستأجرا.

و ما عن الخلاف من أنه «إذا وجد ركازا فی دار ملك لمسلم أو ذمی فليس له التعرض إجماعا» محمول علی غير المعلوم عدم تملكه له بوجه من الوجوه، كما هو واضح.

و إن لم يشهد الحال بذلك، بل علم كونه من مال أهل زمن الواجد و لو لعثور أحد قبله عليه أو كونه مالا له بشراء و نحوه يدا عن يد فان تحقق فيه وصف الضياع كان لقطه، و إلا فيحكم مجهول المالك.

و أما مع الشك فی أنه من أهل زمن الواجد أو غيرهم ففيه البحث السابق، و لعله يختلف الحكم باختلاف فرض موضوعه.

و قد تقدم فی كتاب الخمس (۱)كثير من الفروع المتعلقه فی المقام بالنسبه إلی ترتب الملاك و تعددهم و اتفاقهم و اختلافهم، فلا حظ و تأمل.

نعم بقی شی ء: و هو إن ظاهر عباره المتن و غيره فرض موضوع المسأله فی المدفون، بل فی الروضه التصريح بأنه «لو وجده فی المملوكه غير مدفون كان لقطه إلا أنه

يجب تعريف المالك فان ادعاه فهو له و إلا عرفه» و ربما يؤيده ما تسمعه من الخبر(۲)المشتمل علی الحكم بكون ما يجده صاحب الدار فی داره مما هو ليس له و يدخلها غيره لقطه يجب تعريفها.

لكن فی الرياض مازجا عباره النافع قال: «و لو وجده فی أرض لها مالك أو بائع و لو كان ما وجد فيها مدفونا عرفه المالك أو البائع، فإن عرفه و إلا فهو للواجد».

و مقتضاه عدم الفرق فی الحكم المزبور بين كونه مدفونا أو ظاهرا بل أولويه الثانی من الأول بذلك، و لا ينافی ذلك تصريحه فی أثناء المسأله

۱- ۱ راجع ج ۱۶ ص ۲۸- ۳۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

بکونه لیس من اللقطه، لأن مراده باعتبار کونه محکوما بأنه لواجده لا أنه لیس من موضوعها.

و هو کما تری فی غایه الإشکال، بل لعله من المنکرات بین المتشرعه و إن کان قد یشهد له أن الحکم فی ما نحن فیه بأنه للواجد إنما جاء من صحیح الدابه(۱)الذی لا ریب فی کون موضوعه مندرجا تحت موضوع اللقطه بعد إنکار البائع له و کون المال من أهل هذا الزمن.

إلا أن الانصاف عدم الجرأه علی الحکم المزبور بمثل ذلک، خصوصا بعد الصحیح (۲)الآتی فی الدار و الصندوق المؤید بأصاله احترام مال المسلم.

و مما ذکرنا یظهر لک النظر فی کثیر من الکلمات فی المقام مع خلع حبل التقلید و النظر بعین الانصاف و عدم الالتفات إلی دعوی الإجماع بفتوی ثلاثه من الفقهاء أو أربعه، و خصوصا مع تعدد الکتب منهم، فان فی ذلک إفسادا للفقه، و الله الهادی و الموفق و المسدد.

و کذا یعرفه المالک أو البائع لو وجده فی جوف دابه و لم یعرفه البائع فإنه یکون للواجد، کما صرح بذلک کله غیر واحد، بل یظهر من جماعه الإجماع علیه، بل عن التذکره نسبته إلی علمائنا، کما عن المهذب البارع و المقتصر الإجماع علی تعریف البائع.

و الأصل فی ذلک

صحیح عبد الله بن جعفر(۳)«کتبت إلیه أسأله عن رجل اشتری جزورا أو بقره للأضاحی، فلما ذبحها وجد فی جوفها صره فیها دراهم أو دنانیر أو جوهر لمن یکون ذلک؟ قال: فوقع (علیه السلام): عرفها البائع، فان لم یکن یعرفها فالشی ء لک، رزقک الله

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

إياه»

و إن أيد بأنه مع معرفه البائع يقتضى سبق اليد و ظهور اعتلافها له من ماله، لبعد كونه فى الصحراء.

بل فى الروضه أن ظاهر النص و الفتوى عـدم الفرق فيه بين ما عليه أثر الإسـلام و غيره، و فى المدارك أطلق الأصـحاب من غير فرق بين ما عليه أثره و غيره، بل الظاهر كون الدراهم فى ذلك الوقت مسكوكه بسكه الإسلام.

لكن فى جامع المقاصـد «ينبغى أن يقال مع وجود أثر الإسـلام يكون لقطه، لكن الصـحيحه على خلافه» بل هو الذى اسـتقر عليه رأيه فى مسأله السمكه، و قال: «هو الذى يقتضيه النظر، بل قيل: هو خيره المختلف و المسالك فى الخمس و الروضه فى البابين، بل عن الأول نفى البعد عن القول بوجوب التعريف لما يجده فى بطن الدابه مطلقا، سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا».

قلت: قد ذكرنا ذلك كله و غيره فى كتاب الخمس (۱)و يتجه أيضا إن لم يكن إجماعا ما ذكرناه من التفصيل، و يحمل حينئذ

قوله (عليه السلام): «هو لك رزقك الله إياه»

على ما بعد التعريف إذا كان لقطه، كل ذلك للأصل الذى عرفته.

إلا أن الانصاف ظهور الصحيح المزبور فى خلاف ذلك كله، و لا يبعد الجمود عليه من غير تعديه، و الله العالم.

أما لو وجده فى جوف سمكه فهو لواجده كما صرح به جماعه، بل نسبه غير واحد إلى إطلاق الأصحاب، و لعله للنصوص (۲)

۱- ۱ راجع ج ۱۶ ص ۳۵- ۳۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب اللقطه.

التی ذکرناها فی کتاب الخمس (۱)المشتمله علی ملک المشتری لما وجده فی جوفها من الدرتین، إلا أنها نصوص ضعیفه و خاصه بما یوجد فی جوفها مما هو مخلوق فی البحر و یعلم عدم کونه من مال البائع.

نعم هناک احتمال ملک الصائد له بالحیازه بناء علی عدم اشتراط النیه الذی یشهد له هذه النصوص، و لعله إلی ذلک أشار الفاضل هنا بعد الحکم بکون ما فی جوفها لواجده بقوله: «و تحتها دقیقه».

لکن قد یمنع هنا صدق الحیازه باعتبار عدم علمه به و عدم کونه من أجزاء السمکه فاشتمال یده حینئذ علیه کاشتمال ید النائم لا یوجب ملکا، لعدم حصول الحیازه، و هذا أمر آخر غیر اشتراط النیه، کما أشرنا إلیه سابقا، و حینئذ یتجه ملک الواجد له إذا کان الموجود من هذا القبیل کما تضمنته النصوص المزبوره.

أما إذا کان من أموال الناس فیتجه فیه ما ذکرناه من التفصیل بأنه لواجده مع العلم بکونه من القدیم، و کونه لقطه مع العلم بکونه من مال أهل زمن الواجد، و مع الشک یجری فیه الکلام السابق.

و لا ریب فی أن الأحوط عدم ملک الواجد له، للأصل الذی عرفته، و لکن هل یکون لقطه؟ وجهان أشرنا إلیهما سابقا.

و علی کل حال فلا وجه لتعریف البائع بعد العلم بعدم کونه من أمواله، بل لعله کذلک فی الدابه إذا فرض انتقالها عن ملکه حین انتقالها إلیه فلم تأکل من ماله شیئا.

نعم لو فرضت السمکه فی ماء محصور للبائع یمکن التقاطها لما یسقط من ماله اتجه حینئذ تعریفه، و إلا کان مالا ضائعا بعد العلم بکونه من مال أهل زمن الواجد.

۱- ۱ راجع ج ۱۶ ص ۳۸.

و لكن فى محكى المراسم إطلاق التعريف قال: «إن ما يوجد فى بطون ما يذبح للأكل و السموك إن انتقل إليه بميراث أو من بحر أخرج خمسه و الباقى ملكه، فان انتقل إليه بالشراء عرف ذلك البائع، فإن عرفه رده إليه و إلا أخرج خمسه و الباقى له».

بل فى محكى السرائر «لا فرق بين الحيوان المذبوح و السمكه إذا وجد فى جوفها شيئا فى أنه يجب تعريفه للبائع قل عن الدرهم أو كثر، فان عرفه و إلا أخرج خمسه و كان له الباقى، لأن البائع باع هذه الأشياء و لم يبع ما وجده المشترى، فلذلك وجب تعريف البائع».

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، بل و ما فى تحقيق الفاضل فى المحكى من مختلفه من «أن الموجود إما أن يكون عليه أثر الإسلام أو لا، فان كان وجب تعريفه من البائع و غيره، لسبق ملك المسلم عليه، و يكون حكمه حكم اللقطه، لأنه مال مسلم ضائع، فوجب التعريف حولا، إذ الحيوان هنا كالآله، و إن لم يكن عليه أثره فليس ببعيد من الصواب القول بوجوب التعريف لما يجده فى بطن السمكه مما ليس البحر أصله، أما إذا كان أصله البحر فلا بأس».

بل عن أبى العباس اختياره فى كتابيه، بل عن المهذب منهما «أن المستند إجماع علمائنا و إطلاق سلار يحمل على التفصيل، و لا عبره بندور ابن إدريس».

و عن التذكره نفى البأس عنه، و لكن قال: «ما كان أصله البحر للصياد».

بل و كذا ما عن موضع من التحرير من أنه «لو اصطاد سمكه فوجد فيها دره فهى له، فان باعها الصياد و لم يعلم فيه قولان: أحدهما أنه يعرفها البائع، فإن طلبها كان له أخذها، و هو الوجه عندى، و الثانى

للمشتری، و کذا لو وجد فیها غیرها أو شیئا مما یخلق فی البحر، و لو وجد دراهم أو دنانیر فالوجه أنها لقطه، فإن وجدها الصیاد لزمه التعریف، و إن وجدها المشتری فعلیه التعریف- ثم قال-: و أطلق علماؤنا القول فی ذلک، فأوجبوا تعریف البائع، فإن عرفها فهی له، و إلا أخرج خمسه و حل له الباقی».

و لم أتحقق ما ذکره من النسبه المزبوره إلی العلماء، بل لعل المحقق خلافها، بل و کذا ما فی التنقیح من أن ما علیه أثر الإسلام فی بطن السمکه یجب تعریفه، و ما لیس علیه أثره فإن اشترطنا فی تملک المباحات النیه فهو للواجد، و إن لم نشترط نظرنا فی الغالب من حال الحیوان، و الغالب من الدابه تبتلع من دار البائع و السمکه من البحر، و قد تنعکس لکنه نادر- إلی أن قال-: فالفتوی إذن علی ما ذکره الشیخان».

بل و کذا ما فی جامع المقاصد «من أن الذی یقتضیه النظر أن ما فی جوف السمکه المأخوذه من غیر المیاه المحصوره و لیس علیه أثر ملک مالک للواجد علی ظاهر مذهب الأصحاب، و ما عداه لقطه».

إلی غیر ذلک من کلماتهم التی لا توافق تمام ما ذکرناه، حتی ما فی الریاض، فإنه بعد أن حکی عن المتأخرین کافه أنه لواجده و خص الخلاف بالدیلمی و الحلی خاصه قال: «و مبنی الخلاف علی الاختلاف فی اشتراط النیه فی تملک المباحات و عدمه، فعلی الأول یقوی الأول، و علی الثانی یقوی الثانی- ثم مال إلی الأول مستظهرا من المختلف الإجماع علیه- لکون المأخوذ مباحا فی الأصل، فإذا حیز مع النیه ملک. هذا مضافا إلی اعتضاده بالنصوص (۱)المستفیضه المرویه فی الوسائل فی الباب

عن الکافی و قصص الأنبیاء و الأمالی و تفسیر مولانا العسکری (علیه السلام)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب اللقطه.

لتضـمنها تقريرهم لكثير فى تصـرفهم فيما وجدوه فى جوفها بعد الشراء من دون تعريف على ما هو الظاهر منها، و أسانيدها و إن كانت قاصره إلا أنها بالشهره منجبره، فلا وجه للقول الثانى».

إذ هو كمـا ترى، ضـروره عـدم اختصاص ما يوجـد فى جوف السـمكه بالمباح حتى يكون بناء الحكم فى المسأله على الخلاف المزبور الـذى قـد عرفت الترجيـح فيه، و أنه و إن لم يشترط النيه إلاـ أنه لا بـد من قصـد الحيازه للمباح، و هو مفقود فى الصائد دون الواجد، إذ الدره ليس من أجزاء السمكه.

و أما النصوص فظاهرها الاختصاص بالمباح، و هى شاهده على ما ذكرنا.

(فمنها)

خبر أبى حمزه(۱)المروى فى الكافى عن أبى جعفر (عليه السـلام) فى حديث «إن رجلا عابدا من بنى إسرائيل كان محارفا فأخذ غزلا فاشترى به سمكه فوجد فى بطنها لؤلؤه فباعها بعشرين ألف درهم، فجاء

سائل فدق الباب، فقال له الرجل: ادخل فدخل، فقال له:

خذ أحد الكيسين، فأخذ أحدهما و انطلق، فلم يكن بأسرع من أن دق السائل الباب، فقال له الرجل: أدخل فدخل، فوضع الكيس فى مكانه، ثم قال: كل هنيئا مريئا أنا ملك من ملائكه ربك، إنما أراد ربك أن يبلوك فوجدك شاكرا، ثم ذهب».

و (منها)

خبر حفص بن غياث (۲)المروى عن قصـص الأنبياء للراوندى عن أبى عبد الله (عليه السـلام) «كان فى بنى إسرائيل رجل و كان محتاجـا، فـألحت عليه امرأته فى طلب الرزق فابتهـل إلى الله فى الرزق فرأى فى النوم أيما أحب إليك درهمان من حل أو ألفان من حرام،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

فقال: درهمان من حل، فقال: تحت رأسک فانتبه فرأى الدرهمين تحت رأسه، فأخذهما و اشترى بدرهم سمكه و أقبل فلما رأته المرأه أقبلت عليه كاللائمه و أقسمت أن لا تمسها، فقام الرجل إليها

فلما شق بطنها إذا بدرتين فباعهما بأربعين ألف درهم».

و خبر أبى حمزه(۱)المروى عنه أيضا عن أبى جعفر (عليه السلام) ما يقرب من الأول، و حاصله أنه «كان فى بنى إسرائيل عابد محارف تنفق عليه امرأته، فدفعت إليه يوما غزلا ليشترى به شيئا، فجاء إلى البحر فإذا هو بصياد قد اصطاد سمكا كثيرا، فأعطاه الغزل، و قال له:

انتفع به فى شبكتک، فدفع إليه سمكه فأخذها و جاء إلى زوجته، فلما شقتها بدت من جوفها لؤلؤه، فباعها بعشرين ألف درهم».

و (منها)

خبر الزهرى (۲)المروى عن الأمالى عن على بن الحسين (عليهما السلام) فى حديث «إن رجلا شكا إليه الدين و العيال فبكى، و قال: أى مصيبه أعظم على حر من أن يرى على أخيه المؤمن خله فلا يمكنه سدها- إلى أن قال-: قال على بن الحسين (عليهما السلام) قد أذن الله فى فرجک يا جاريه احملى إليه سحورى و فطورى، فحملت قرصتين فقال للرجل: خذهما فليس عندنا غيرهما، فان الله يكشف بهما عنک و يريک خيرا واسعا فيهما، ثم ذكر أنه اشترى سمكه بإحداهما و بالأخرى ملحا، فلما شق

بطن السمكه وجد فيها لؤلؤتين فاخرتين، فحمد الله عليهما، فقرع بابه فإذا صاحب السمكه و صاحب الملح يقولون جهدنا أن نأكل من هذا الخبز فلم تعمل فيه أسناننا فقد رددنا إليک هذا الخبز و طيبنا ما أخذته منا، فما استقر حتى جاء رسول على بن الحسين (عليهما السلام) و قال: إنه يقول: إن الله قد أتاک بالفرج فاردد إلينا طعامنا،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۴.

فإنه لا يأكله غيرنا، و باع الرجل اللؤلؤتين بمال عظيم قضى منه دينه و حسنت بعد ذلك حاله».

و (منها)

المروى فى تفسير العسكرى (عليه السلام) فى حديث طويل (۱)«إن رجلا فقيرا اشترى سمكه فوجد فيها أربعه جواهر، ثم جاء بها إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) و جاء تجار غرباء فاشتروها منه بأربعمائه ألف درهم، فقال الرجل: ما كان أعظم بركه سوقى اليوم يا رسول الله، فقال له رسول الله (صلى الله عليه و آله):

هذا بتوقيرك محمدا و توقيرك عليا أخاه و وصيه، و هو عاجل ثواب الله لك، و ربح عملك الذى عملته».

و جميعها مع أنه فى مقام الاعجاز ظاهره فى المباح، إذ احتمال كون اللؤلؤه مملوكه سابقا مقطوع بعدمه.

و على كل حال فالتحقيق ما عرفت، و نحوه يجرى فيما يوجد فى جوف الدابه من هذا القبيل، كما أن ما يوجد فى جوف السمكه من المال المملوك حكمه ما عرفت.

هذا و قد تقدم لنا فى كتاب الخمس (۲)جمله من الكلام فى هذه المسائل قد جرينا بها على ما عند الأصحاب هناك، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۵.

۲- ۲ راجع ج ۱۶ ص ۳۵- ۳۹.

[المسأله الثانیه من أودعه لص مثلا مالا و هو یعلم أنه لیس للمودع لم یرده علیه]

المسأله الثانیه:

من أودعه لص مثلا مالا و هو یعلم أنه لیس للمودع بعد أن قبضه أو قبله- بناء علی جواز الاستیلاء علیه بعنوان الحفظ لصاحبه و رده علیه، أو أثم و فعل- لم یجز له

أن یرده علیه مع اختیاره مسلما کان اللص أو کافرا بلا خلاف و لا إشکال، لکونه حینئذ مخاطبا برده إلی مالکه أو من یقوم مقامه، و لحرمه التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه الذی منه الرد إلی اللص، و لا ینافی ذلک سبق خطاب الرد للص بعد تعلق الخطاب بمن قبض أیضا.

ف المتجه حینئذ أنه إن عرف مالکه دفعه إلیه و إلا کان حکمه حکم اللقطه عند المصنف و جماعه، ل

خبر حفص بن غیاث (۱)عن الصادق (علیه السلام) «سأله رجل من المسلمین أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم هل یرد علیه؟ قال: لا یرده، فإن أمکنه أن یرده علی صاحبه فعل، و إلا کان فی یده بمنزله اللقطه یصیبها فیعرفها حولا، فإن أصاب صاحبها ردها علیه و إلا تصدق بها، فان جاء صاحبها بعد ذلک خیره بین الأجر و الغرم، فان اختار الأجر فله، و إن اختار الغرم غرم له و کان الأجر له».

و فی المسالک «أن مضمونه موافق للأصول الشرعیه، فإنه بعد التعریف یصیر مالا مجهول المالک، و قد تقدم أنه یجوز الصدقه به عن مالکه، و لا یقدح زیاده التعریف هنا، لأنه زیاده فی الاستظهار و التفحص علی (عن خ ل) المالک».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

و فیه أن مجهول المالک لا یحد بتعریف السنه، و لیس هو زیاده استظهار، إذ الظاهر وجوب التعریف علیه حتی یحصل الیأس من مالکه، و هو قد یحصل بأقل من السنه و بأکثر.

قال الصادق (علیه السلام) فی خبر ابن وهب (۱): «فی رجل کان له علی رجل حق ففقد و لا یدری أین یطلبه؟ و لا یدری أ حی هو أم میت؟ و لا یعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا، قال: اطلب، قال: إن ذلک قد طال فأتصدق به، قال: اطلبه»

و فی الکافی و قد روی فی هذا

خبر آخر(۲)«إن لم تجد له وارثا و علم الله منک الجهد فتصدق به».

علی أن مقتضی إطلاق المصنف جواز تملکه لها بعد التعریف، لعموم المنزله، و لا ریب فی کونه غیر حکم مجهول المالک، و إن کان قد یناقش بمنع العموم المزبور بعد تعیینه بالتعریف حولا ثم الصدقه بها المشعر أو الظاهر بکون المراد من التنزیل ذلک.

و لعله لذا ذکرها المصنف فی کتاب الودیعه مقتصرا علی الصدقه بها من دون قوله کاللقطه، و قد تقدم الکلام هناک فی المسأله.

و نبه بقوله: «مسلما کان أو کافرا» علی عدم اختصاص الحکم بالأول و إن کان هو المورد فی الروایه، إلا أن الظاهر کونه علی المثال، بل لا فرق بین محترم المال و عدمه بعد العلم بعدم کونه مالا له، و الأصل احترام مال بلد الإسلام حتی یعلم.

و کیف کان فما عن المفید و سلار- أنه یتصدق بخمسها علی مستحق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب میراث الخنثی- الحدیث ۲ من کتاب الفرائض.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب میراث الخنثی- الحدیث ۱۱ من کتاب الفرائض و هو مرسل الفقیه لا الکافی، فإن الکلینی قده لم یذکر ذلک ابدا راجع الکافی ج ۷ ص ۱۵۳- ۱۵۵.

الخمس و الباقی علی فقراء المؤمنین- غیر واضح الوجه.

نعم ما عن ابن إدریس- من دفعها لإمام المسلمین، و لا یجوز له التصدق بها، لأنه تصرف فی مال الغیر بغیر إذنه، و هو منهی عنه (۱)- لا یخلو من وجه بناء علی مذهبه من عدم العمل بأخبار الآحاد، بل قد یناقش بإطلاق ما دل علی الأمر بالصدقه بمجهول المالک علی وجه یظهر منه أن ذلک حکمه، لا أنه إذن من الامام (علیه السلام) فی ذلک.

و لکن مع ذلک لا ریب فی کون الأحوط الدفع إلیه خصوصا بعد ظهور کلماتهم فی کونه الولی فی ذلک.

بل فی

خبر داود بن أبی یزید(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «قال له رجل: إنی أصبت مالا و إنی خفت فیه علی نفسی، فلو أصبت صاحبه دفعته إلیه و تخلصت منه، فقال أبو عبد الله (علیه السلام):

لو أصبته کنت دفعته إلیه؟ فقال: إی و الله، قال: فلا و الله ما له صاحب غیری، فاستحلفه أن یدفعه إلی من یأمره، قال: فحلف، قال: فاذهب و قسمه فی إخوانک، و لک الأمن عما خفت منه، قال:

فقسمه بین إخوانه»

بناء علی أن المراد لا ولایه لأحد علیه إلا لی من حیث کونه مجهول المالک، فتأمل جیدا.

بقی شی ء: و هو أن ظاهر الخبر المزبور بل و غیره من أخبار اللقطه یقتضی عدم تسلط المالک بعد عدم الرضا بالصدقه علی نفس العین لو کانت موجوده فی ید من تصدق علیه، و إنما له الغرم علی الفاعل دونه، و هو مناف لقاعده الفضولی، و لعله لکونه ولیا علی ذلک مأمورا به شرعا، و مقتضاه حینئذ عدم التخییر له،

و لکن ثبت بالنصوص فتأمل جید، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب الأنفال- الحدیث ۶ من کتاب الخمس.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

[المسأله الثالثه من وجد فی داره أو فی صندوقه مالا فهو له]

المسأله الثالثه:

من وجد فی داره أو فی صندوقه مالا و لا یعرفه أنه له أو لغیره فان کان یدخل الدار غیره أو یتصرف فی الصندوق سواء فهو لقطه و إلا فهو له بلا خلاف أجده فیه بین من تعرض له، کالشیخ و الفاضلین و الشهیدین و الکرکی و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم، بل فی جامع المقاصد نسبته إلی إطلاق الأصحاب، و فی الریاض نفی ظهور الخلاف فیه.

و الأصل فیه

صحیح جمیل (۱)عن الصادق (علیه السلام) «قلت له: رجل وجد فی بیته دینارا، قال: یدخل منزله غیره؟ قلت: نعم کثیر، قال: هذه لقطه، قلت: فرجل وجد فی صندوقه دینارا، قال:

فیدخل أحد یده فی صندوقه غیره أو یضع فیه شیئا؟ قلت: لا، قال:

فهو له»

المؤید بالظاهر مع عدم مشارکه الغیر، فإنه قد یعرض له النسیان.

نعم لو قطع بانتفائه عنه لم یحکم بکونه له، إذ احتمال أنه رزق جعله الله فی ماله لا یعول علیه فی مثل ذلک، بل یمکن منع دلاله الخبر علیه کالفتاوی بعد کون المتیقن منهما حال عدم العلم الذی لیس وراءه شی ء، و علیه المدار فی جمیع الأحکام.

لکن فی الریاض «قد یشکل بعد إطلاق النص و الفتوی مع عدم صدق اللقطه علی مثله ظاهرا، فمتابعه الإطلاق لعلها أولی، و لا ینافیه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

القطع بالانتفاء، فقد یکون شیئا بعثه الله تعالی و رزقه إیاه» و فیه ما لا یخفی.

هذا و فی المسالک «و إطلاق الحکم بکونه لقطه مع المشارکه یقتضی عدم الفرق بین المشارک فی التصرف و غیره، فیجب تعریفه حولا، و هو یتم مع عدم انحصاره، أما معه فیحتمل جواز الاقتصار علیه، لانحصار الید و وجوب البدأه بتعریفه للمشارک، فان عرفه دفعه إلیه، و إلا وجب تعریفه حینئذ تمام الحول کاللقطه».

بل فی الریاض بعد أن حکی عن بعض أنه احتمل الأول قویا- لأنه بعدم اعتراف المشارک یصیر کما لا مشارک له فیه- قال: «و هو حسن یمکن تنزیل إطلاق النص و الفتوی علیه».

و الأصل فی ذلک الکرکی، قال: «و ینبغی أن یقید بما إذا کان المشارک غیر محصور، فان کان محصورا وجب تعریف المشارک خاصه، لکن یشکل کونه ملکا له إذا لم یعرفوه مع کونه لا یعرفه، و لذلک أطلق الأصحاب».

قلت: قد یقال: إن الأصل بمعنی الظاهر فی کل ما کان فی بیته و داره أن یکون له حتی یعلم عدمه، کما یقتضی به صحیحا(۱)الخربه الظاهران فی أن المال مع کونها معموره لهم، و الموثق (۲)یقیدهما بما إذا لم ینکروه بناء علی إرادته من

قوله (علیه السلام) فیه: «إذا لم یعرفوه»

بل لو لا ظهور اتفاق الأصحاب علی کونه لقطه مع مشارکه غیر المحصور شرکه لا تنافی کون الید له أشکل ذلک بعدم تحقق وصف الضیاع فیه، فلا یجب تعریفه علیه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ و ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

و لعله لذا قال الأردبيلى: «و أيضا ظاهر أن التعريف للمشركين، و منه يحتمل كونه لهم على وجه الاعلام لا تعريف اللقطه» و إن كـان هو خلاـف ظـاهر النص و الفتوى، بـل و ما ذكرناه من الأصل الـذى مقتضاه الحكم بكونه له مع فرض كون المشاركه إنما هى فى الدخول و الخروج، و إلا فالدار داره و اليد يده و كذا الصندوق.

و فى الروضه «لا فرق فى وجوب تعريف المشارك هنا بين ما نقص عن الـدرهم و ما زاد، لاشتراكهم فى اليد بسبب التصـرف- قال-:

و لاـ يفتقر مـدعيه منهم إلى البينه و لاـ الوصف، لأـنه مـال لاـ يـدعيه أحـد، و لو جهلوه جميعا فلم يعترفوا به و لم ينفوه فان كان الاـشتراك فى التصـرف خـاصه فهو للمالـك منهم، و إن لم يكن فيهم مالـك فهو للمالـك، و إن كـان الاشتراك فى الملك و التصـرف فهم فيه سواء». و لعله للأصـل الـذى ذكرنـاه، فيتجه حينئـذ الاقتصار فى الخروج منه على الـدار التى يـدخلها كثير دون غيرها.

نعم يتجه مع ثبوت اليد الاشتراك، إلا أن تزيد يد أحدهما على الآخر قوه، كما أومأ إليه ثانى الشهيدين بما سمعت، فتأمل جيدا، فإن المسأله فى غايه الغموض، و كلامهم فيها غير محرر، و الله العالم.

[المسأله الرابعه لا يملك الملتقط اللقطه قبل الحول]

المسأله الرابعه:

لا يملك الملتقط اللقطه التى هى مما تبقى قبل تعريف الحول و لو نوى ذلك إجماعا بقسـميه، للأصل و غيره، بل يمكن دعوى القطع بدلاله النصوص (۱)المستفيضه أو المتواتره، بل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه.

الظاهر ضـمانه حينئذ بالنيه المزبوره، بناء على أن مثلها خيانه كالوديعه، أو مقتضـيه لانتفاء الاذن شرعا فى قبضها و لو الاستدامى، فتكون مضـمونه و إن كان له تملكها مع ذلك إذا عرفها التعريف المعتبر مصاحبا للنيه المزبوره، كما ستعرفه إنشاء الله تعالى فى الأحكام.

و كذا لا يملكها أيضا بعد تعريف الحول ما لم يقصد التملك بل و يتلفظ بقول: «تملكت» فى قول، بل و يتصرف معها فى آخر على ما فى المسالك حاكيا له عن الشيخ، و إن كنا لم نتحققه، نعم هو محكى عن بعض العامه.

و على كل حال فالمراد توقف تملكها بعد تعريف الحول على القصد كما هو خيره الشيخ فى محكى المبسوط و موضعين من الخلاف و ابنى حمزه و زهره و التقى و الفاضلين و الآبى و الفخر و الشهيدين و الكركى و أبى العباس و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل فى المسالك و غيرها نسبته إلى الأشهر كنسبته إلى الأكثر فى المختلف، بل فى الروضه نسبته إلى المشهور، بل عن الغنيه الإجماع عليه، بل هو لازم ما سمعته من التخيير بين الثلاثه الذى قد عرفت ما يدل عليه من الإجماع المحكى و النصوص (۱)و غيرهما.

و لكنه مع ذلك قيل و القائل ابن إدريس:

يملكها بعد التعريف حولا و إن لم يقصد مدعيا عليه إجماع الفرقه و أخبارهم و إن كنا لم نعرفه لغيره صريحا، نعم فى الدروس نسبته إلى ظاهر المقنعه و النهايه و إلى الصدوقين، بل قال فيها: إنه الأشهر.

و لكن فى المقنعه «و إن كان الموجود فى غير الحرم عرفه سنه، فان جاء صاحبه و إلا تصرف فيه الذى وجده، و هو له ضامن» و نحوها المحكى من عباره المراسم و لا ظهور فيهما بذلك.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه.

کما أنه لیس فی النهایه و المحکی عن الصدوقین إلا التعبیر بما فی النصوص من کونها کسبیل المال الذی لا صراحه فیه بل و لا ظهور، ضروره احتماله أمانه کسبیل المال، خصوصا بعد ما سمعت من اشتمال بعض النصوص علی ما یؤکد ذلک، ک

قول أحدهما (علیهما السلام) فی الصحیح (۱): «و إلا فاجعلها فی عرض مالک یجری علیه ما یجری علی مالک حتی یجی ء لها طالب، فان لم یجی ء لها طالب فأوص بها فی وصیتک».

و خصوصا بعد ورود مثل ذلک فی مجهول المالک المعلوم إراده ذلک فیه، کما فی

الموثق (۲)«سأل حفص الأعور أبا عبد الله (علیه السلام) و أنا عنده جالس، قال: إنه کان لأبی أجیر کان یقوم فی رحاه، و له عندنا دراهم، و لیس له وارث، فقال أبو عبد الله (علیه السلام):

یدفع إلی المساکین، ثم قال: رأیک فیها، ثم أعاد علیه المسأله، فقال له مثل تلک، فأعاد علیه المسأله ثالثه، فقال أبو عبد الله (علیه السلام):

تطلب له وارثا، فان وجدت وارثا و إلا فهو کسبیل مالک، ثم قال:

و ما عسی أن یصنع بها، ثم قال: توصی بها، فان جاء لها طالب و إلا فهی کسبیل مالک».

و رواه فی

الفقیه عن هشام بن سالم (۳)قال: «سأل حفص الأعور أبا عبد الله (علیه السلام) و أنا حاضر فقال: کان لأبی أجیر و کان له عنده شی ء، فهلک الأجیر و لم یدع وارثا و لا قرابه و قد ضقت بذلک ذرعا فکیف أصنع؟ قال: رأیک المساکین رأیک المساکین، فقلت: جعلت فداک إنی قد ضقت بذلک، فکیف أصنع؟ قال: هو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱۰.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب ولاء ضمان الجریره- الحدیث ۷ من کتاب الفرائض.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب میراث الخنثی- الحدیث ۱۰ من کتاب الفرائض.

کسبیل مالک، و إن جاء طالب أعطیته».

بل الأمر بالجعل فی الصحیح الأول أقل مراتبه الإباحه، و ذلک یستدعی أن یکون المأمور به مقدورا، و هو لا یجتمع مع الملک قهرا.

و فی الریاض- من أنه إنما یتم لو کان المأمور به جعلها مالا- و لیس، فان جعله فی عرض المال غیره، کما صرح به فی المختلف- لا حاصل له علی وجه یبطل به

الاستدلال علی المطلوب، ضروره تمامیته علی تقدیر الکنایه بذلک عن جعلها أمانه بقرینه ما بعده أو التملک الاختیاری.

اللهم إلا- أن یراد من جعلها فی عرض المال الکنایه عن صیرورتها من أموالک، فلا یکون الأمر مرادا به شیئا من معانیه، و هو کما تری.

و أوضح من ذلک

قوله (علیه السلام) فی الصحیح (۱)الذی قدمناه سابقا فی مسأله التخییر: «یعرفها سنه، فان لم یعرف حفظها فی عرض ماله حتی یجی ء صاحبها فیعطیها إیاه، و إن مات أوصی بها، و هو ضامن»

ضروره منافاه الأمر بحفظها للملک القهری.

و من الغریب ما فی الریاض من رده بقوه احتمال أن یکون

قوله (علیه السلام): «فان لم یعرف»

بالتشدید، و لا کلام فیه، لا بالتخفیف المبتنی علیه الاستدلال، فإنه یمکن الجزم بعدمه بملاحظه سیاق غیره من النصوص، و إن کان قد ذکره بعض المحشین علی التهذیب معترفا بکونه منافیا للظاهر، موجها به ما اشتمل علیه من الضمان لها، زاعما أن ترک التعریف یوجبه.

و هو کما تری لیس بأولی من إبقائه علی سیاق غیره من النصوص مع حمل الضمان علی إراده تأدیه العین أو إذا لم یوص بها أو غیر ذلک مما لا ینافی الأول.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

و بذلک کله ظهر لک ما فی دعوی ظهور

«کسبیل مالک»(۱)

فی التملک القهری مؤیدا بما

فی بعضها(۲)مع ذلک «یجری علیها ما یجری علی مالک»

الظاهر فی جریان جمیع أحکام ماله علیه، و من جملتها وجوب الزکاه بعد حؤل الحول إذا کانت نقدا، و هذه إحدی ثمرات النزاع التی تترتب علیه.

و بأن مقتضی التشبیه الاتفاق فی جمیع الأحکام إلا أن یکون منها فرد متبادر ینصرف إلیه و لیس، و یکفی فی التغایر المصحح للتشبیه غیر الأحکام من نحو تغایر الماهیه أو غیرها.

إذ لا یخفی علیک- بعد الإحاطه بما ذکرناه فی مسأله التخییر و فی المقام- ما فی ذلک کله، بل لو سلم ظهورها فی ذلک لأمکن أن یقال بوجوب تنزیلها علی إراده

الاختیار، جمعا بینها و بین غیرها مما دل علی ذلک.

و أغرب شی ء دعوی صحه إجماع ابن إدریس و صحه النسبه إلی الأشهر فی الدروس بعد ما عرفت، و لعله لذا قال المصنف و هو بعید.

مضافا إلی الأصل و ظهور التخییر للمالک فی الصدقه، إذ احتمال کونها بمال الملتقط خلاف الظاهر، کظهور

قوله (علیه السلام) فی النبوی(۳): «فشأنک فیها»

فی ذلک أیضا، و إلی غیر ذلک.

و دعواه الإجماع و تواتر الأخبار لم نتحققها، بل فی المختلف الجزم بخطائها، قال: «فإن أکثر الأصحاب قالوا: إنه لا یملک إلا بالنیه، بل أبو الصلاح جعل الاحتفاظ و عدم التملک أولی، و الأخبار إنما تنطق بما قلناه».

بقی الکلام فیما عن الخلاف من أنها لا تدخل فی الملک إلا باختیاره

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱۰.

۳- ۳ سنن البيهقى ج ۶ ص ۱۸۵ و فيه« فشأنك بها».

بأن یقول: «قد اخترت ملکها» قیل: و وافقه علیه التقی و أبو الصلاح و هو

ظاهر التذکره فی موضعین، فإنه و إن کان مقتضی الأصل ذلک، إذ القول بأن حصول الملک لا شک فیه- و توقفه علی سبب لا یستدعی سببا معینا، و الأصل عدم التعیین، و ذلک دلیل علی الاکتفاء بالنیه، فلا یستقیم نفی الدلیل علی ثبوت الملک بها، و لیس الدلیل منحصرا فی الإجماع- لا حاصل له إذا لم یرجع إلی دعوی ظهور النصوص فی عدم اعتبار غیر النیه المستفاده من الجمع بین النصوص بالتخییر الذی مرجعه إن شاء تملک و إن شاء تصدق و إن شاء جعلها أمانه، بل و من

قوله (علیه السلام)(۱): «اجعلها فی عرض مالک»

بناء علی إراده التملک بذلک، و کذا

قوله (صلی الله علیه و آله) فی النبوی(۲): «فشأنک فیها»

و لأنه أقرب إلی

قوله (علیه السلام)(۳): «من وجد شیئا فهو له، فلیتمتع به حتی یجی ء طالبه»

إلی آخره و غیره بعد ما سمعت من الأدله علی عدم الملک القهری.

بل الظاهر کونه کذلک فی کل ولی علی نحو ذلک، کالأب و الجد و غیرهما ممن هو ولی عن الطفل أو المجنون، بل لعل

قوله (علیه السلام) فی خبر السفره(۴): «قوّمه علی نفسک»

مشعر أو ظاهر فی ذلک و إن کان قبل التعریف، ضروره اتحاد کیفیه التملک قبله و بعده، کاشعار

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱۰.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۸۵ و فیه« فشأنک بها».

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ و الموجود فیه:« یقوم ما فیها» و الجمله التی ذکرها قده من مرسله الصدوق قده المرویه فی الوسائل الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۹ و قد وردت فی الطعام الذی وجده فی المفازه.

خلو النصوص عن ذكر أمر معتبر فى التملك بعد تأديته بما يقتضى القهريه لو لا معارضه ما عرفت مما يقتضى عدمه، فينقطع حينئذ بذلك الأصل.

و دعوى أن الملك حصل بالعوض- و هو المثل أو القيمه، فافتقر إلى اختياره و اللفظ الدال عليه كالبيع و أخذ الشفيع- لا محصل لها بعد ما عرفت من ظهور النصوص فى غير المقام من حصول الملك للولى بالتقويم، بل قد يدعى أنه قسم مستقل ثابت بالنصوص لا يدخل فى البيع و لا فى غيره، بل هو أشبه شى ء بالقرض.

و من ذلك يظهر لك النظر فيما فى المسالك، فإنه بعد أن حكى القولين المزبورين و حكى الثالث- و هو التوقف على التصرف، بمعنى كونه تمام السبب المركب من التعريف و نيه التملك أو لفظه الدال عليه لأن مالكه لو ظهر و العين باقيه كان أحق بها، و لو ملك الملتقط قبله لكان يرجع إلى المثل أو القيمه لا إلى العين، و هذا كالقرض عند الشيخ- قال: «و الأصل فى الخلاف أن تملكها هل هو على سبيل المعاوضه أم لا؟

و على الأول هل هو على سبيل الاقتراض أم لا؟ و على الأول هل يتوقف تملك المقترض على التصرف أم لا؟ و الحق أن المعلوم شرعا ملك الملتقط لها مع قصده بعوض يثبت فى ذمته، إما مطلقا أو مع ظهور المالك، أما كونه على وجه المعاوضه و كونها على جهه القرض فلا دليل عليه» إلى آخره.

إذ فيه- بعد الإغضاء عما فى كلامه مما يشبه التناقض- أنه لا يبتنى الخلاف على ذلك، ضروره عدم لزوم القول بالتملك على سبيل المعاوضه لشى ء من ذلك، بل و على القول بأنها كالقرض، خصوصا بعد ما تقدم فى محله من عدم توقف الملك به على التصرف.

ثم قال: «و أما ما ألزموه للقائل بتوقف الملك على التصرف بلزوم

الدور- من حيث توقف جواز التصرف على الملك المتوقف على التصرف- فغير لازم، لمنع توقف جواز التصرف على الملك، بل على الاذن فيه من المالك أو الشارع، و هو هنا متحقق، و مثله ملك المشترى معاطاه بالتصرف المترتب جوازه على إذن المالك، و ما يقال من أن من التصرف ما يكون ناقلا للملك فكيف يحصله يندفع بتقدير الملك الضمنى، كعتق العبد عن الآمر».

قلت: قد يناقش بأن ذلک يلتزم بعد ثبوت الدليل على نحوه، بخلاف المقام الذى لم يثبت دليل عليه، بل لم نعرف القول المزبور لأحد من أصحابنا و إن حكاه هو عن الشيخ، نعم هو أحد أقوال الشافعى.

هذا و فى القواعد «و لو قدم قصد التملك بعد الحول ملک بعده و إن لم يجدد قصدا» و مقتضاه حينئذ كون التعريف شرطا.

و فيه أن الأدله لا تساعد على ذلک، و الأصل عدم الملک، و صلاحيته للتملک بعد التعريف لظهور الأدله لا يقتضى صلاحيته لها على الوجه المزبور، كما هو واضح.

بل قد يشكل التملک لو فرض بقاء عزمه الأول إلا أنه لم ينشأ نيه جديده، لما عرفته، و من هنا حكى عن التحرير التصريح باعتبار التجديد و أنه لا يكفى العزم الأول و إن بقى عليه، خلافا لبعضهم فاكتفى به، و لعله لأنه كابتداء النيه عنده، و إن كان فيه أنه خلاف ما ذكرناه من الأصل، و الله العالم.

[المسأله الخامسه اللقطه تضمن بمطالبه المالک لا بنیه التملک]

المسأله الخامسه قال الشیخ (رحمه الله): اللقطه تضمن بمطالبه المالك لا بنیه التملك و لفظه المحکی عنه فی مبسوطه «قال قوم: یلزم الملتقط الضمان وقت مطالبه صاحبها بها، ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «من وجد لقطه فلیشهد ذا عدل أو ذوی عدل، و لا یکتم و لا یغیب، فان جاء صاحبها فلیردها، و إلا فهو مال الله یؤتیه من یشاء»

و قال آخرون:

اللقطه بعد الحول تجری مجری القرض، و القرض یلزم بنفس القرض لا بمطالبه المقرض، و الأول أقوی».

و أما فی الخلاف فالمحکی عنه أنه «حکی إجماع الفرقه و أخبارهم علی أنه إذا عرفها سنه و أکلها کان ضامنا» و لم یتعرض لمطالبه المالك، بل ظاهر قوله: «ضامنا» ثبوت المال فی ذمته قبل ذلك، و لعله لذا نسبه فی التحریر إلیه فی بعض کتبه: قال: «و فی أکثر کتبه تعلقه به بالنیه» و هو ظاهر المحکی عن الغنیه و السرائر بل حکی عن التحریر و إن کنا لم نتحققه، و إنما الموجود فیه عدم الترجیح، نعم هو خیره الکرکی و ثانی الشهیدین.

بل فی المسالک «الظاهر من الأخبار أن الضمان یحصل بظهور المالک و إن لم یطالب، لکن الشیخ اعتبر المطالبه» بل فی الروضه التصریح باختیاره، و جعل الضمان بالمطالبه احتمالا.

و علی کل حال ف هو بعید مناف للمحکی عن المشهور لأن المطالبه تترتب علی الاستحقاق ضروره عدم صحه

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۸۷.

وقوعهـا منه بـدونه، لا أنها توجب الحق، فما فى النصوص (۱)من مطالبه المالک بها يقتضـی سـبق استحقاقه لا توقفه عليها و إلا دار.

و ما فى المسالک- من الجواب عنه بمنع توقفها على الاستحقاق، بل على إمکانه و هو حاصل- لا حاصل له.

و کـذا ما فى جامع المقاصد من الجواب عنه بأن «اقتضاء المطالبه سـبق الاسـتحقاق صـحيح، لکن لا يلزم منه ثبوت الضـمان قبل مجى ء المالـک، بـل غـايته أنه إذا جـاء المالـک اسـتحق، فيطالب حينئـذ» فإن مرجعه إلى دعوى تسبيب المجى ء الحق، و تتبعه المطالبه.

و فيه منع تسبيبه الحق، و المجى ء فى النصوص إنما هو مقدمه للمطالبه التى مقتضاها سبق استحقاق المطالب بالمثل أو القيمه، و لا سبب صالح لتسبب سبق ذلک إلا الملک، ضروره کون التلف إنما حصل على ملکه الذى لا يقتضى استحقاق الغير عليه شيئا، فتأمل جيدا.

ثم قال: «إن الذى يقتضيه النظر و يرشد إليه

النص (۲)إن العين متى کانت باقيه و ظهر المالک و طالب بها وجب رد العين، و لا بعد فى ذلک، بأن يکون ملک الملتقط إياها متزلزلا، و إن جاء بعـد تلفها و طالب وجب البدل من المثل أو القيمه يوم التلف أو يوم المطالبه على احتمال، و رجح فى التحرير قيمته يوم التلف لوجوب رد العين حينئذ، و قد تعذر فيجب البدل،

لاـ يقال: لو لم يجب العوض قبل ذلک لم يکن له المطالبه به، لأن العين قـد تلفت على وجه غير مضـمون، لأنا نقول: لا يلزم من وجوب العوض قبل ذلک کون التلف غير مضمون، لإمکان أن يقال: المراد بضمان العين من حين تملکها کون المالک إذا جاء ترد عليه العين و مع تعذرها فالبدل، و هذا کاف فى صدق معنى الضمان، و الحاصل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه.

أن الملتقط يملكها ملكا مراعى، فيزول بمجى ء صاحبها، و هذا أعدل الأقوال، لأن فيه جمعا بين الأدله، و الأصل عدم أمر زائد عليه و قد اختار المصنف هذا فى التحرير، و هو قوى متين».

و فيه أنه قريب إلى ما تفرد به الفخر مما سمعته سابقا فى الضاله من عدم الضمان، و لكن إنما يستحق المالك الغرامه عليه إذا جاء و طالب، و قد عرفت ضعفه فى محله.

على أن ما حكاه عن التحرير من تعليل الضمان يوم التلف كالصريح فى ثبوت المثل وقت التلف، لقوله: «حينئذ» نحو المغصوب، و هو يقتضى سبق الاستحقاق.

بل قد يقال: إن التملك الذى قلنا بحصوله بالنيه مقتض لذلك، لأصاله احترام مال المسلم على وجه لا يكون كالمباح، و لأصاله عدم الملك بدون ذلك، خصوصا بعد

قوله (عليه السلام) فى السفره(۱)«قومها على نفسک»

نحو ما ورد(۲)فى تقويم الولى مال المولى عليه، و كون ذلك قبل التعريف غير مناف بعد ما عرفت من الاتحاد فى الكيفيه.

فيكون الحاصل أن الشک حاصل فى حصول الملک بنيه التملک خاصه، أو بها مع ثبوت العوض فى الذمه، فالأصل عدم الملک بذلک، و ليس الملک متيقن الحصول و الشک فى وجوب شى ء آخر معها کی يكون الأصل عدمه.

(و أما الاستدلال) ب

قوله (عليه السلام)(۳): «من وجد شيئا فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده اليه».

۱- ۱ راجع التعليقه ۴ من ص ۳۴۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۹- من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجاره.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب اللقطه- الحديث ۲.

و قوله (علیه السلام)(۱): «فان وجدت صاحبها و إلا فأنت أحق بها، و قال: هی

کسبیل مالک، و قال: خیره إذا جاءک بعد سنین بین أجرها و بین أن تغرمها له إذا کنت أکلتها»

و قوله (علیه السلام)(۲): «فان جاء طالبها و إلا فهی کسبیل مالک»

فان کلا من الغایه و التخییر و کونها کسبیل المال ینافی الضمان من حین التملک، بل قد سمعت

ما فی صحیح قرب الاسناد(۳)من قوله (علیه السلام): «فکلها و أنت لها ضامن إن جاء صاحبها أن تردها»

(ففیه) أنها أدل علی الضمان المزبور من عدمه، ضروره کون المراد وجوب الرد عند مجی ء المالک للعین أو البدل و نحو ذلک من أحکام الضمان، لا أن الضمان یحصل حینئذ.

نعم قد یقال باختصاص ذلک بالمالک و وارثه، لا أنها تکون من دیونه علی وجه إن لم یظهر المالک و لا وارثه یتصدق بها عن صاحبها و تخرج من ترکته و یشارک غرماؤه و غیر ذلک، لخلو النصوص، بل لعلها ظاهره فی خلافه، مع إمکان أن یقال: إن ذلک فیها جریا علی الغالب و إلا فهو فی ذمته کالقرض.

و کیف کان فقد ظهر لک مما ذکرناه أنه لا منافاه بین کونها مضمونه بالنیه و وجوب الرد علیه إذا جاء المالک الذی لیس له الامتناع عن القبول، کما أنه لیس للملتقط اختیار رد المثل أو القیمه من دون رضا المالک بعد ظهور النصوص أو صراحتها فی ذلک.

فما عن المشهور من عدم وجوب رد العین واضح الضعف، مع أنا لم نتحقق الشهره المزبوره.

و أما احتمال کون التملک المزبور کالفضولی الذی ینکشف بمجی ء

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۷.

المالک أو طلبه إیاها عدم ملکه له فیدفعه النص و الفتوی.

بل و فی

المرسـل عن أبی العلاء(۱)«قلت لأبی عبـد الله (علیه السـلام): رجل وجـد مالا فعرفه حتی إذا مضت السـنه اشتری به خادما فجاء طالب المال فوجد الجاریه التی اشتریت بالدراهم هی ابنته، قال:

لیس له أن یأخذ إلا دراهمه، و لیس (لیست خ ل) له الابنه، إنما له رأس ماله و إنما کانت ابنته مملوکه قوم»

و لو کان من الفضولی لکان له أخذ البنت، بل

قوله (علیه السلام): «و إنما کانت»

إلی آخره کالصریح فی کون المراد أنها صارت ملکا لقوم، أی الواجد.

و فی الـدروس عن النهایه «لا یلزمه أخذها و إن أجاز شـراءها عتقت» و فیه ما لا یخفی مع الشـراء بعد التملک. و کذا ما عن ابن إدریس من منعه ذلـک علیه، لبطلان عقـد الفضولی، إذ قـد عرفت خروجه عن ذلـک، نعم لو اشتراهـا بعین المال قبل الحول أو بعده و قلنا بعدم الملک قهرا اتجه کلام الشیخ و کلامه.

و علی کل حال فقد ظهر لک أنه یملک العین متزلزلا بالعوض ما دامت موجوده، فإن تلفت استقر، و هو معنی

قوله (علیه السلام) فی الضاله(۲): «فإنها لربها أو مثلها»

لا- أن المراد ثبوت مثلهـا عنـد التلف نحو المضـمون من الأموال الباقیه علی ملک مالکها بخلاف المقام (المخالف للمقام خ ل) الـذی خرج الملـک عن صـاحبه بـالنیه مضـمونا فلیس حینئـذ إلا- ثبوت العوض فی الـذمه، إذ لا معنی لضـمانه بعـد خروجه عن الملک إلا هذا.

و احتمال کونه کالمبیع بالخیار الذی یضمن بالفسخ عند تلفه و إن کان

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۴- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

مملوکـا للمشتری- فهـذا أیضا ینفسـخ التملک الـذی حصل بالنیه بمجی ء المالک أو مطالبته فینتقل إلی المثل أو القیمه، و هـذا کاف فی کونه مضـمونا، نحو قولهم: «المبیع فی زمن الخیار مضـمون علی المشتری»- یـدفعه عـدم وفاء الأدله بـذلک، إذ لا أقل من احتمالها الأمرین، و الشهره و القواعد العامه تقتضی ما قلناه.

و من الغریب ما فی جامع المقاصـد من اسـتبعاد ثبوت عوض فی ذمه الغیر علی جهه القهر مع بقاء العین، إذ قـد عرفت أنه ثبوت عوض عن ملک العین اختیارا بالنیه، إنما المستبعد تملک مال الغیر مجانا ثم الضمان بالمجی ء و المطالبه، کما هو واضح.

و قـد تقـدم فی ضـمان واجـد الضاله ماله نفع فی المقام، ضـروره عـدم الفرق بینهما فی الکیفیه عند اختیار التملک، هذا کله فی الضمان بنیه التملک.

أما الضمان بالصدقه به فلا یبعد کون المراد به استحقاق علیه بمجی ء المالک و عدم إرادته الأجر، و الله العالم.

[الثانی فی الملتقط]

الثـانی فی الملتقـط و هو من له أهلیه الاکتساب أو الحفظ، فلو التقط الصبی جاز، و یتولی الولی التعریف عنه و التملک و الحفظ و الصدقه و کذا المجنون.

و کذا یصح الالتقاط من الکافر مطلقا فضلا عن الفاسق، نعم قیل غیر المرتد عن فطره، و لا یخلو من نظر، کما تقدم فی محله

لأن له أهليه الاكتساب فيكفى فى صحه الالتقاط- بناء على كون المعتبر فيه قابليه الملتقط لأحد أمرين- قابليه الاكتساب أو الائتمان على الحفظ، نعم لو فقد الجميع لم يصح، و إن كان هذا محل نظر أشرنا إليه سابقا، و ذلك لأنه إن كان هذا المذكور للملتقط المعبر عنه بلفظ «من» و نحوه من التملك و الحفظ يقتضى تخصيصه بالقابل فالمتجه اعتبارهما معا فيه لا أحدهما، و إن كان لا يقتضى ذلك و إنما هى أحكام لمن يقبلها من أفراده فلا يعتبر شى ء منهما.

و من هنا يتجه صحه التقاط الصبى و المجنون فى الحرم و إن خليا عن الائتمان و الصدقه كما ستعرف، و قد تقدم الكلام فى ذلك كله.

نعم فى المسالك هنا «و هل تقر يدهما أى الكافر و الفاسق عليها إلى أن يتم الحول أم ينتزعها الحاكم من يدهما إلى أن يستحقا تملكها فيدفعها إليهما؟ وجهان من عدم كونهما من أهل الأمانه على مال الغير، و من عموم الاذن فى الالتقاط، و لأنه يخلى بينهما و بين الوديعه؛ فكذا يخلى بينهما و بين اللقطه كالعدل، و فيه نظر، لأن الاذن فى الوديعه جاء من قبل المالك بخلاف اللقطه، فإن إذنها من الشارع، و لم يستأمن غير العدل على مال الغير. و فى التذكره أوجب مع علم الحاكم خيانته ضم مشرف إليه و إلا استحب، و فى التحرير لم أقف لعلمائنا على نص فى انتزاع اللقطتين من يد الفاسق أو ضم حافظ إليه مده التعريف».

و فى القواعد «للعدل أن يحفظ بنفسه أو يدفع إلى الحاكم، و غيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه و بين نصب رقيب إلى أن تمضى مده التعريف، ثم إن اختار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم إليه و إلا فالخيار للملتقط إن شاء أبقاه أمانه فى يد الحاكم أو غيره، و ليس للحاكم مطالبته بعد الحول بكفيل».

و ظاهر المحکی عن المبسوط المفروغیه من أحد الأمرین: الانتزاع أو ضم الرقیب، لأنه حکی فی ذلک قولین و إن لم یرجح بینهما.

قلت: لا یخفی علیک ما فی ذلک کله من الاجتهاد فی مقابله إطلاق النصوص المقتضی لجواز الالتقاط بأحکامه، و لذا کان خیره الشهید و الکرکی الإقرار فی أیدیهما من دون ضم رقیب.

و علی کل حال فلا کلام فی جواز الالتقاط فی غیر الحرم.

إنما الکلام هنا فی قوله و فی أخذ لقطه الحرم لهؤلاء تردد ینشأ من کونهم لیسوا أهلا للاستئمان و الفرض لا تملک فیها کی یکون اکتسابا، فهی استئمان محض، و هم لیسوا من أهله، و من إطلاق الأدله.

لکن صرح فی القواعد باشتراط العداله، و فی الدروس «أربعه لا یجوز لهم أخذ لقطه الحرم: الصبی و المجنون و الکافر و الفاسق، لأنها أمانه محضه» و کذا المسالک، بل و التذکره و إن لم یصرح فیها بالمجنون، بل و التحریر و إن تردد فی الفاسق.

قلت: قد سمعت إطلاق النصوص فیما تقدم و أن الأقوی إراده شده الکراهه مما اشتمل علی النهی فیها، نعم فی خبری الفضیل بن یسار ما یدل علی ذلک فی الجمله.

قال فی أحدهما(۱): «سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یجد اللقطه فی الحرم، قال: لا یمسها، و أما أنت فلا بأس، لأنک تعرفها».

و فی الآخر(۲): «سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن لقطه الحرم، فقال: لا تمس أبدا حتی یجی ء صاحبها فیأخذها، قلت: فان کان مالا کثیرا قال: فان لم یأخذها إلا مثلک فلیعرفها».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۸- من کتاب اللقطه- الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۸- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

و لا جابر لهما على تقدير إراده ذلك منهما، بل لعل الموهن متحقق، ضروره حدوث التفصيل للفاضل، بل الأول منهما مشتمل على التعليل القاضى بعدم الفرق بين الفاسق و العدل مع التعريف.

بل فى المسالك «أن الثانيه ظاهره فى الكراهه، و أن أخذ الثقه غير مكروه أو أقل كراهه، كمطلق اللقطه».

فالتحقيق حينئذ الجواز، و لكنه على شده كراهه فى المكلف منهم، بخلاف الصبى و المجنون الذى ينتقل حكم التقاطهما إلى وليهما، و عدم الاكتساب فيه لا يمنع من صحه التقاطهما بعد أن عرفت عدم ظهور الأدله فى اشتراط الصحه بذلك و إن ذكر فيها (ذلك لكن على وجه يكون حكما للقابل له لا قيدا خ)(۱)ذكر حكم يكون على القابل له، فيبقى ما دل على الصحه من العموم و الإطلاق بحاله.

و بذلك يتضح لك الحال فى كثير من أفراد المسأله التى يمكن أن يكون ذلك فيها من مسأله عدم تخصيص العام بذكر ما يرجع إلى بعض أفراده فتأمل جيدا.

و أما التعريف و الحفظ و الصدقه بها بعد ذلك فهى من التكليف الذى لا فرق فيه بين الفاسق و العدل، و ينتقل فى الصبى و المجنون إلى وليهما.

و على كل حال فعلى تقدير عدم الجواز قد قالوا: أنه ينتزعها الحاكم، لعدم ولايه لهم على حفظها و لا أولويه.

و فيه أن المتجه على ذلك جواز أخذ العدل أيضا، لصدق اللقطه على ما فى أيديهم بعد عدم الولايه و الأولويه، و هو واضح.

كما أن المتجه انتزاع الحاكم لها من يد العدل بناء على الحرمه، إذ

۱- ۱ ما بين القوسين ليس فى النسخه الأصليه المخطوطه بقلمه الشريف قده و إنما أثبت فى النسخه الأصليه المبيضه بعنوان نسخه.

لا فرق بينه و بين الفاسق بعد عدم جواز الالتقاط، بل يخرج عن العداله مع إصراره على بقائها فى يده إن قلنا إنه صغيره و إلا خرج بالالتقاط.

نعم قد يفرق بينهما بجواز إقرار الحاكم لها فى يد العدل على أن تكون أمانه منه بخلاف الفاسق، و الله العالم.

و للعبد القن مع الاذن أو عدم النهى أخذ كل واحده من اللقطتين الحل و الحرم، بل و الضاله و المال.

و لكن

فى روايه أبى خديجه(۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام)، «لا يتعرض لها المملوك»

و مع ذلك قد اختار الشيخ الجواز و تبعه من تأخر عنه.

و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها العمل على إطلاق الأدله و لأن له أهليه الاستئمان و الاكتساب اللذين تضمنهما اللقطه، فيحمل خبر أبى خديجه على ضرب من الكراهه أو غيرها، كما تقدم الكلام فى ذلك و غيره مفصلا.

و كذا المدبر و أم الولد و غيرهما بل الجواز أظهر فى طرف المكاتب بقسميه لأن له أهليه التملك أيضا، بل يمكن القول بجواز التقاطه و إن قلنا بعدمه فى القن، و ليس للمولى انتزاعها من يده، لأنها من كسبه إذا لم تكن لقطه حرم، و من أمانته إن كانت، نعم لو عجز فاسترق كان للمولى انتزاعها كالقن، و بنى على تعريفه إن لم يعلم فساده.

و لو اشتغل المكاتب بالتعريف فأعتق أتمه و تملك، و لو مات قبل التعريف أو تمامه فكالقن إلا إذا كان قد أعتق بعضه، فإنه يقوم الوارث

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۱.

مقامه فی نصیب الحریه، ضروره کونه حینئذ کالمبعض الذی أشرنا إلیه سابقا.

و فی القواعد هنا «من انعتق بعضه حکمه حکم الحر فی قدر الحریه و حکم العبد فی الباقی» و هو کذلک، فیکون حینئذ کرجلین التقطا معا.

نعم إن کانت بینه و بین سیده مهایاه فالظاهر کونها للمولی إن وقعت فی نوبته، فیلحقها حکم لقطه العبد، و له إن وقعت فی نوبته، و یلحقها حکم لقطه الحر، و أیهما وقعت له یعرفها و یتملکها، و الاعتبار بیوم الالتقاط لأنه یوم الکسب لا بوقت التملک، فلو وقع الالتقاط فی نوبه العبد مثلا- و کان انقضاء مده التعریف فی نوبه السید فالمدار علی نوبه الالتقاط و الحکم لها. أما مع عدم المهایاه فحکمها ما عرفت.

و منه یعلم حکم ما إذا التقط اثنان معا دفعه، فإنه یجب علیهما معا تعریفها حولا، و الأقرب الاکتفاء بتعریف أحدهما بإذن الآخر، بل و مع عدمه بناء علی أنهما معا ملتقط لا کل منهما، فیکفی وقوعه من أحدهما، فإذا انقضت مده التعریف و اتفقا علی أحد الوجوه فلا إشکال، و لو اختار أحدهما التملک دون الآخر قیل ملک النصف و بقی الآخر أمانه.

و قد یقال: إنهما بالتقاطهما معا یکونان بمنزله ملتقطین لکل نصف، فیجری حکم کل منهما علی نفسه، فلا یجزئ تعریف أحدهما عن الآخر مع عدم الاستنابه له، و لو کان ما التقطاه معا درهم فما فوق و لکن قسط کل منهما دون الدرهم أمکن القول بملک کل منهما حصته من دون تعریف و یحتمل العدم، لأنها لقطه واحده.

و من ذلک ینقدح لک فروع کثیره لا یخفی علیک حکمها بأدنی

التفات، منها لو التقط من يصح التقاطه و غيره كالعبد المنهى مثلا بناء على عدم جواز التقاطه اختص حكم الصحه بالنصف، و بقى النصف غير ملتقط إلا إذا اشتملت عليه يد.

و بالجمله الاشتراك فى الالتقاط يجعلهما معا ملتقطا داخلا تحت عموم «من» مثلا أو يكون كل منهما ملتقطا، لكن على الأول ينبغى أن ينصف بينهما كل ما كان قابلا لذلك من أحكامها، كالتعريف و الحفظ و التملك و غيرها، للاشتراك فى السبب الذى لا يقبل التقسيم، فيرجع إلى متعلقه، كحيازتهما معا الموجبه لتقسيم المحوز بينهما، و حينئذ فيقسم التعريف بينهما أيضا، فيعرف كل منهما نصف المده، و كذا يحفظها كل منهما.

و هو متجه إن ثبتت القاعده المزبوره فى الاشتراك فى السبب، أما على عدمه فيكون لقطه واحده ليس لأحدهما تملك النصف دون الآخر لعدم كونه ملتقطا، و ليس لأحدهما قسمتها فى الحفظ مثلا، نعم لو قلنا بأن كلا منهما ملتقط نصفا صارا لقطتين و ملتقطين، يجرى على كل منهما حكمها، لكنه بعيد عن مذاق الفقه، بل الموافق له الأول.

هذا و ستعرف إنشاء الله تعالى جمله من أحكام العبد فى المسأله الرابعه، و الله العالم و الهادى.

[الثالث فی الأحکام]

اشاره

الثالث فی الأحکام و هی مسائل:

[المسأله الأولی یجب التعریف سنه]

الأولی: یجب التعریف سنه بلا خلاف فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، و النصوص (۱)مستفیضه أو متواتره فیه.

و ما فی

خبر أبان بن تغلب (۲)قال: «أصبت یوما ثلاثین دینارا فسألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن ذلک، فقال لی: أین أصبت ذلک؟ فقلت له: کنت منصرفا إلی منزلی فأصبتها، قال: فقال:

صر إلی المکان الذی أصبت فیه فعرفه، فان جاء طالبه بعد ثلاثه أیام فأعطه و إلا فتصدق به»

مطرح أو محمول علی غیر اللقطه أو علی حصول الیأس بذلک أو ثلاثه أیام بعد السنه أو غیر ذلک.

و المدار علی صدق ذلک عرفا، کما فی غیره مما علق علیه الحکم، و لکن صرح الشیخ و الفاضلان و الشهیدان و الکرکی و غیرهم بأنه لا یجب فیه التوالی، بل فی الکفایه نسبته إلی الأصحاب.

و فی المتن لیس التوالی شرطا فی التعریف، فلو فرقه (فرق خ ل) جاز و فی المسالک و غیرها أن للتوالی المحکوم بعدم وجوبه تفسیرین: أحدهما استیعاب وقت الحول بالتعریف، و لا خلاف و لا إشکال فی عدم وجوبه، بل فی المسالک و غیرها الاتفاق علیه، لصدق العرف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۷.

بدونه، و الثانی توالی التعریف فی الحول الواحد بحیث یقع التعریف المعتبر فی اثنی عشر شهرا متوالیه، فإن ذلک أیضا غیر لازم علی ما صرح به غیر واحد، فیجوز له أن یعرف شهرین و یترک شهرین، و هکذا حتی یتم له اثنا عشر شهرا، و عن التذکره تشبیهه بما لو نذر صوم سنه، فإنه یجوز له التوالی و التفریق.

قلت: إن لم یکن إجماعا أمکن دعوی انسیاق التوالی بالمعنی المزبور، خصوصا بعد تصریح الفاضل و الشهیدین و الکرکی و غیرهم بکون مبتدئه حین الالتقاط مع الإمکان محتجین له ب

قوله (علیه السلام)(۱): «فإذا ابتلیت بها فعرفها سنه»

لظهور الفاء فی ذلک، و إن کان فیه منع دلاله فاء الربط علی ذلک، إلا أن مقتضی العرف الاتصال فیما عین مبتدؤه إلی تمام الحول، و لعله لذا کان المحکی عن بعض الشافعیه عدم جواز التعریف علی الوجه المزبور.

و کیف کان فقد قیل: إن المشهور التعریف فی الابتداء فی کل یوم إلی سبعه أیام، ثم فی بقیه الشهر فی کل أسبوع، ثم فی کل شهر إلی آخر الحول، بل عن الکفایه نسبته إلی الأصحاب.

و لعله إلیه یرجع ما فی القواعد «یعرف کل یوم فی الابتداء، ثم کل أسبوع ثم کل شهر بحیث لا ینسی أنه تکرار لما مضی».

نعم عن التذکره «أنه یعرف فی الابتداء فی کل یوم مرتین فی طرفی النهار، ثم فی کل یوم مره، ثم فی کل أسبوع مره أو مرتین، ثم فی کل شهر بحیث لا ینسی کونه تکرارا لما مضی». و هو زیاده استظهار و

إلا فالأول کاف، و مرجعه إلی بضع و عشرین مره.

لکن فیه أنه لا دلیل علی أقل صدق التعریف حولا بذلک علی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

وجه لا یجزئ إذا لم یکن علی هـذا الترتیب و لا یجزئ الأقل منه بواحـده مثلا، و یمکن أن لا یریـدوا اعتباره علی وجه لا یجزئ غیره، کما یومئ إلیه قوله: «بحیث لا ینسی» الـذی لا وجه للتقییـد به بعـد النص علی العدد، فلا بد من کون المراد به أن الضابط ذلک.

و لـذا فی الـدروس بعـد أن ذکر مـا سـمعت قال: «و الضابط أن یتابع بینهما بحیث لا ینسـی اتصال الثانی بمتلوه» و فی المسالک «اعتبر العلماء فیه أن یقع علی وجه لا ینسـی أن الثانی تکرار لما مضی». و فی الروضه «أن المعتبر ظهور أن الثانی تکرار لما سبق» و فی الکفایه «اعتبر الأصحاب أن یقع علی وجه لا ینسی».

و إن کان قد یناقش بعدم صـلاحیه ذلک ضابطا لأقل مصداق التعریف حولا، فالتحقیق کون المدار علی العرف الذی قد یشکل تحققه بنحو ذلک، و إن علل التوالی المزبور ابتداء بشده اهتمام المالک بأمرها أولا، لکنه کما تری، مع أن فی

صحیح یعقوب (۱)«یعرفها سنه فی کل مجتمع».

و الأولی أن یقـال: إنه بعـد انتفـاء إراده الاستیعاب یتعین إراده أول الأفراد التی لا یقطع بعـدمها کالتعریف بکل أسـبوع مره إلی تمام الحول.

و أولی من ذلـک إیکـال الأمر إلی العرف، و لعله لـذا ترک المصـنف التعرض لـذلک کله، فقال بعـد أن صـرح بعـدم اشتراط التوالی فیه:

و إیقاعه عند اجتماع الناس و بروزهم کالغدوات و العشیات و غیر ذلک مما یحصل به الاجتماع، و قد سمعت

قول الصادق (علیه السلام) لسعید بن عمر الجعفی (۲): «اتق الله و عرفه فی المشاهد»

و قوله (علیه السلام)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحدیث ۱ من کتاب الحج.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

فی خبر أبی خدیجه(۱): «یعرفها سنه فی مجمع»

مضافا إلی صحیح یعقوب بن شعیب (۲)و وجهه أیضا من حیث الاعتبار واضح.

و لا فرق فیه بین اللیل و النهار و إن قال فی القواعد: «إن وقته النهار دون اللیل» بل قیل: إنه المتبادر من الأخبار، و صرح به فی المبسوط و غیره و لکنه کما تری.

و کیفیته أن یقول: من ضاع له ذهب أو فضه أو ثوب و ما شاکل ذلک من الألفاظ المشتمله علی الجنس التی یصدق بها اسم التعریف المأمور به.

و فی

خبر سعید بن عمر(۳)الذی أمره الصادق (علیه السلام) بالتعریف فی المشاهد «من یعرف الکیس»

و قد حکی ذلک له و أقره علیه، بل لا بأس بذکر بعض الأوصاف التی یتنبه منها المالک.

و لکنه مع ذلک لو أوغل فی الإبهام کان أحوط، کأن یقول: من ضاع له مال أو شیء فإنه أبعد أن یدخل علیه بالتخمین إلا أنه غیر واجب، بل لا یبعد ذکر جمله الأوصاف إذا لم یکن یدفعها بها، بل بالبینه أو بما لم یذکره من الأوصاف، ضروره صدق اسم التعریف المأمور به، بل

قد یشمل تمکینه من النظر إلیها مع عدم الدفع إلا بالبینه.

اللهم إلا أن یقال: إن

قوله (صلی الله علیه و آله)(۴): «اعرف عقاصها و وکاءها ثم عرفها سنه»

مشعر بوجوب الإخفاء، و ربما یؤیده أن ذلک هو المتعارف فی کیفیه التعریف لها، و یمکن تعسر إقامه البینه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحدیث ۱ من کتاب الحج.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۴- ۴ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۸۵.

على المالک، فلا يقطع الطريق عليه بحصر الأمر فى البينه، و لا ريب فى أنه أحوط، و الله العالم.

و زمانه أيام المواسم و المجتمعات، كالأعياد و أيام الجمع، و مواضعه مواطن الاجتماع، كالمشاهد و أبواب المساجد و الجوامع و الأسواق و قد سمعت ما يدل على ذلک أو بعضه من النصوص (۱)التى يشهد لها الاعتبار، لأن الغرض إشاعه ذكرها و إظهارها ليظهر عليها مالكها.

بل لعل التعبير الذى سمعته فى النصوص أولى مما فى المتن الذى ذكر أولا أن

إيقاعه عند اجتماع الناس و بروزهم و ثانيا أن زمانه أيام المواسم إلى آخره.

و تبعه الفاضل فى القواعد، و قال: «و إيقاعه عند اجتماع الناس و ظهورهم كالغدوات و العشيات و أيام المواسم و المجتمعات كالأعياد و أيام الجمع و دخول القوافل و مكان الأسواق و الجوامع و مجامع الناس».

و الأصل فى ذلک ما عن المبسوط و السرائر من أن وقت التعريف الغداه و العشاء وقت بروز الناس بالليل لا عند الظهيره و الهاجره، و أما الزمان فالجماعات و الجمعات و أن يقف على أبواب الجوامع.

و الجميع كما ترى يغنى عنها تعريفها فى المشاهد و المجتمع حال اجتماع الناس فيها، على أن ذلک حيث يكون فى البلد محل اجتماع، و إلا عرفها بما فيه و لو بأزقته على وجه يشيع أمرها فيه، و الأمر فى ذلک سهل.

إنما الكلام فى موضع التعريف، ففى المسالک «و يجب إيقاعه عقيب الالتقاط مع الإمكان، و فى مكانه إن كان بلدا أو مجتمعا، و لو عرف فيه و أكمله فى غيره جاز، و لو كان فى بريه عرف من يجده فيها و أتمه فى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من كتاب اللقطه- الحديث ۱ و الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ۱ من كتاب الحج.

غیرها من البلاد، و ینبغی تعریفها فی أقرب البلدان إلیها فالأقرب».

و فی القواعد «و ینبغی أن یعرفها فی موضع الالتقاط» و نحوه عن التحریر، قیل: لکن ظاهر التذکره و الدروس الوجوب.

قلت: بل هو صریح ما سمعته من المسالک تبعا للکرکی فی جامعه محتجا علیه بموثق إسحاق بن عمار(۱)السابق المشتمل علی الدنانیر المدفونه فی بعض بیوت مکه، و فیه أنه غیر تعریف اللقطه، نعم قد سمعت ما فی خبر أبان (۲)المتقدم فی صدر المسأله.

و فی القواعد أیضا بعد ما سمعت «و لا یجوز أن یسافر بها فیعرفها فی بلد آخر» و فیها أیضا «و لو التقط فی بلد الغربه جاز أن یسافر بها إلی بلده بعد التعریف فی بلد اللقطه ثم یکمل الحول فی بلده». و تبعه علیه الکرکی أیضا، و قد سمعت ما فی المسالک.

و فیه أن المتجه تمام الحول فی موضع الالتقاط، للخبر المزبور(۳)و لأنه المنساق من النصوص، فلو أراد السفر فوضه إلی غیره، کما عن التذکره التصریح به، نعم فی الصحراء تتساوی البلدان إذا لم یکن شاهد حال علی خصوص بعضها، و

ربما جمع بین ما سمعته من الفاضل فی القواعد بإراده الوجوب من قوله: «ینبغی» و إراده الإکمال فی بلد آخر بعد الإعلان فی بلد الالتقاط لا المره و نحوها مما لا أثر لها، و لکن مع ذلک لا یخلو من نظر أو منع لما عرفت، و الله العالم.

و کیف کان فقد عرفت فی أحکام المساجد(۴)أنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۷.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۷.

۴- ۴ راجع ج ۱۴ ص ۱۱۱ و ۱۱۲.

يكره تعريفها داخل المساجد حتى

ورد عن النبى (صلى الله عليه و آله)(۱)أنه قال: «من سمع منشد ضاله فى المسجد فليقل:

لا أداها الله إليك، فإنه لم يبن لهذا».

و لا خلاف فى أنه يجوز أن يعرف بنفسه أو بمن يستنيبه أو من يستأجره بل الإجماع بقسميه عليه، و ما فى النصوص (۲)من أن صاحبها يعرفها لا يراد منه وجوب المباشره قطعا، ضروره عدم كونه عباده، و المراد إشاعه ذكرها الحاصل بتعريفه و تعريف غيره و لو بأمر غير بالغ بالإنشاد أو مجنون كذلك.

بل قد ينقدح من ذلك الاجتزاء بالمتبرع إلا أن التملك له لا يخلو من إشكال، و هو أمر آخر غير اعتبار المباشره فى التعريف التى قد عرفت القطع بعدمها، خصوصا إذا كان الملتقط أرفع شأنا من ذلك.

و فى

خبر زراره(۳)«سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن اللقطه، فأرانى خاتما فى يده من فضه، و قال: إن هذا مما جاء به السيل، و أنا أريد أن أتصدق به»

و لم يحك عنه مباشره التعريف بنفسه و إن كان الخبر غير صريح فى كونه الملتقط، خصوصا مع كراهه الالتقاط التى لا تصدر منه (عليه السلام) إلا أن يفرض ما يقتضى الرجحان بالعارض.

و على كل حال فالأمر سهل.

ثم إن الظاهر كون مئونه التعريف على الملتقط، لوجوبه عليه» نعم لو قلنا بعدم وجوبه إلا إذا قصد التملك و لم يقصده و أراد الحفظ لا تجب عليه الأجره، كما عن التذكره و جامع المقاصد.

نعم فى أولهما «أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليبذل الأجره من بيت

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۱۹۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ۱ من كتاب الحج.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب اللقطه- الحديث ۳.

المال، أو يستقرض عليه أو يأمر الملتقط أو غير ذلك مما يراه مصلحه له، و لا ينافى ذلك تملك الملتقط له بعد ذلك» قلت: لا ريب فى أن له ذلك.

هذا و عن التذكره أيضا «ينبغى أن يتولى التعريف شخص أمين ثقه عاقل غير مشهور بالخلاعه و اللعب، و لا يتولاه الفاسق لئلا تفقد فائده التعريف؛ و هذا على الكراهه دون التحريم».

و فى جامع المقاصد «لكن لا يركن إلى مجرد قول غير العدل، بل لا بد من اطلاعه و اطلاع من يعتمد على خبره».

و فى المسالك و الروضه «يشترط فى النائب العداله أو الاطلاع على تعريفه المعتبر شرعا» بل فى الأخير «و فى اشتراط شاهدين اجراء له مجرى الشهاده أو الاكتفاء بواحد جعلا له من باب الخبر وجهان، أحوطهما الأول».

و فى القواعد «الأقرب الاكتفاء بقول العدل الواحد» و لعله لعموم قبول خبر العدل، و لعسر إقامه البينه، و لصيرورته أمينا على التعريف، فيقبل قوله.

ثم قال: «و فى وجوب الأجره نظر» و لعله ينشأ من أن الاكتفاء بقوله فى التملك و سقوط التعريف يقتضى وقوع الفعل الذى هو متعلق الأجره، لترتبها على وقوعه، لأنه معلول آخر، و الحكم بثبوت أحد.

المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر، و من أنه إيجاب مال على الغير بمجرد الدعوى و إن قبل قوله فى سقوط التكليف بالنسبه إلى الملتقط الذى لولاه لزم الحرج.

و عن الفخر أنه قوى عدم وجوب الأجره بل فى جامع المقاصد أنه الأصح.

ثم قال: «إذا تقرر هذا فهل يكون الاكتفاء بقول العدل على كل تقدير سواء كان بأجره أم لا، بل يقتصر فى قبوله على ما إذا كان متبرعا؟ يحتمل الثانى، لأنه متهم فى خبره، إذ يلزم منه إثبات حق له على الغير، و لأنه إذا رد بالنسبه إلى الأجره كان مردودا فى نظر الشارع فلا يسمع حينئذ فى سقوط التكليف بالتعريف، فيقتصر فى الاكتفاء على قول العدل المتبرع، و يحتمل عدم الفرق، و عدم قبول خبره فى بعض لا يقتضى رده و لا عدم قبوله مطلقا».

قلت: لا ينبغى التأمل- بناء على عدم قبوله- فى استحقاقه الأجره، ضروره عدم التهمه حينئذ، إنما الكلام فى أصل القبول على وجه يثبت التعريف الذى هو عنوان التملك و غيره من الأحكام، فإنه كغيره من الموضوعات التى يفتقر ثبوتها إلى البينه.

و دعوى عسر إقامه البينه على ذلک ممنوعه و صيرورته أمينا بالاستنابه يقتضى قبول خبر الفاسق، لعموم حكم الأمانه و إن كان لا يخلو من وجه، للسيره و غيرها.

لكن يشكل التملک بدون البينه، بل الانصاف ثبوت الإشكال فى غيره من الأحكام المعلقه على ثبوت التعريف الذى لا يحصل إلا باليقين أو الحجه الشرعيه، فالأحوط إن لم يكن الأقوى مراعاتها، بل الأحوط عدم كونه أحد جزئيها، و الله العالم.

[المسأله الثانیه إذا دفع اللقطه إلی الحاکم فإنه جائز له]

المسأله الثانیه:

إذا دفع اللقطه إلی الحاکم لأن یبیعها أو لا لذلک (أو لغیر ذلک خ ل) فإنه جائز له، لأنه ولی الغائب فی الحفظ، بل فی المسالک «یجب علیه القبول، لأنه معد لمصالح المسلمین، و من أهمها حفظ أموالهم، و هذا بخلاف الودیعه، فإنه لا یجب علیه قبولها من الودعی، بل لا یجوز له دفعها إلیه مع التمکن من المالک، لعموم الأمر برد الأمانات إلی أهلها» و إن کان فیه ما لا یخفی من اشتراک الدلیل المقتضی لعدم الوجوب علی الحاکم الموافق لمقتضی الأصل بعد أن کان المال بید أمین یجب علیه الحفظ، فلیس هو ضائعا کی یجب علیه حفظه.

و علی کل حال ف إذا باعها فان وجد مالکها دفع الثمن إلیه، و إلا ردها علی (إلی خ ل) الملتقط إذا أراد تملکها أو الصدقه بها لأن له ولایه الصدقه أو التملک بلا إشکال و لا خلاف فی الأخیر، بل و فی الأول الذی فیه نفع للمالک مع ذلک بالضمان إذا جاء و لم یرض بالصدقه.

بل قد یقال بعدم جواز التصدق بها للحاکم من دون الملتقط الذی هو المأمور بذلک.

إنما الکلام فی وجوب ردها إلیه للحفظ إذا أراده، فقد یظهر من المصنف و غیره عدم سقوط ولایته علیه بعد دفعه إلی ولی الحفظ الذی هو ولی أصلی لا عارضی بسبب الالتقاط، و لا فائده فیه هنا بالضمان کالتملک و الصدقه.

و فيه منع سقوطه بعد إطلاق التخيير له، و لعل ذلک مؤيد لما قلناه سابقا من عدم كون الحاكم ولى ذات كولى الصبى، و إلا لم يكن للملتقط تسلط على أخذها منه و لو للتملک، لوصولها إلى ولى المالك الذى هو كوكيله.

بل من ذلک ينقدح أيضا عدم سقوط خطاب التعريف عنه بالدفع إلى الحاكم، كما أشرنا إليه سابقا، و صرح به الفاضل فى التذكره.

هذا و الظاهر أن المراد من هذه المسأله بيان عدم خروج الثمن عن حكم الالتقاط لو باعها الحاكم لمصلحه اقتضت ذلک، و الله العالم.

[المسأله الثالثه لا يجب التعريف إلا مع نيه التملک]

المسأله الثالثه قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن موضع من مبسوطه:

لا يجب التعريف وجوبا شرطيا إلا مع نيه التملک و لفظه «من وجد لقطه نظرت فإن أراد حفظها على صاحبها لا يلزمه أن يعرف لأن التعريف إنما يكون للتملک».

و فيه إشكال ينشأ من خفاء حالها عن المالك بعدم التعريف المأمور به فى النصوص (۱)على جهه الإطلاق.

بل عن الخلاف و المبسوط و الغنيه و ظاهر التذكره الإجماع عليه، كما عن السرائر و كشف الرموز نفى الخلاف فيه، و هو كذلک، فإن المحكى عن المقنع إلى الرياض إطلاق التصريح بوجوبه.

بل عنه فى موضع آخر من مبسوطه التصريح بذلک أيضا قال: «من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللقطه.

وجد لقطه فإنها تكون فی یده أمانه، و یلزم أن یعرفها سنه، فإذا عرفها سنه کان بعد ذلک بالخیار إن شاء حفظها علی صاحبها و إن شاء تصدق بشرط الضمان و إن شاء تصرف فیها بالضمان».

کل ذلک مضافا إلی إطلاق الأمر به ما فی بعض النصوص (۱)المستفیضه التی فیها الصحیح و غیره المؤید بأنه مقدمه لإیصال المال إلی صاحبه، بل لولاه لکان إبقاؤه فی مکانه أصلح لمالکه من التقاطه، لکونه أقرب إلی الإیصال منه، لاحتمال رجوعه إلیه. و من هنا وجب فی لقطه الحرم و إن لم یکن فیها تملک.

و دعوی کونه بعدم قصد التملک یکون مجهول المالک واضحه الفساد، ضروره صدق اسم اللقطه علیه باعتبار کونه مالا ضائعا لا ید علیه، سواء قصد التملک أو لا، بخلاف مجهول المالک الذی هو غیر الضائع المزبور، لکن یشترط فی التملک التعریف، و هو لا یقتضی اشتراط وجوبه بقصده بعد إطلاق الأمر کما عرفت، إذ هو شرط لحصوله لا شرط لوجوبه المطلق.

و لذا لا یجوز تملکها إلا بعد التعریف و لو بقیت فی یده أحوالا لما عرفت من اتفاق النص (۲)و الفتوی علی اشتراطه به، نعم قد یقال: بناء علی فوریه التعریف بعد الالتقاط عدم مشروعیه التملک له لو فرض عدم وقوعه منه و لو عصیانا، کما هو أحد القولین فی المسأله علی ما فی المسالک و إن کنت لم أتحققه.

نعم فی القواعد «و لو أخر الحول عرف فی الثانی، و له التملک بعده علی إشکال» بل عن إیضاح ولده عدم الترجیح.

لکن ظاهر المتن أو صریحه کالإرشاد التملک و إن أخره أحوالا و لو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه.

عصیانا، بل هو صریح الفاضل فی التذکره و التحریر و الشهیدین و الکرکی و

الصیمری و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم، لإطلاق النصوص الذی لا یقیده ما فی

صحیح ابن مسلم (۱)من قوله (علیه السلام): «فان ابتلیت بها فعرفها سنه، فان جاء طالبها و إلا فاجعلها فی عرض مالک»

بناء علی إراده الکنایه به عن التملک، إذ أقصاه بعد التسلیم الفوریه لا اشتراط التملک بها، بل قد یمنع دلالته علیها أیضا، ضروره کونها فاء ربط لا عطف.

مضافا إلی

قوله (صلی الله علیه و آله) فی النبوی (۲)المروی فی طرق العامه: «اعرف عقاصها و وکاءها ثم عرفها سنه، فان جاء صاحبها و إلا فشأنک بها»

و إن لم أجده فی شی ء من نصوصنا، نعم أکثرها «یعرفها» من دون فاء أو «ثم» إلا أنه لا ریب فی کونه أحوط إن لم یکن هو المنساق من النصوص و لو علی جهه الشرطیه.

نعم قد یقال: إن التملک علی خلاف الأصل، فإذا فرض کون الثابت منها حال الفوریه یبقی غیره علی مقتضی أصاله عدم التملک، بل إن لم یکن إجماعا لم یجب التعریف.

إلا أن الأخیر کما تری، خصوصا بعد ملاحظه کون التعریف وسیله إلی إیصال المال إلی مالکه، فلا یسقط بالتأخیر و لو عصیانا، و أما الأول فلا یصلح مقیدا لإطلاق الأدله الذی منه

قوله (علیه السلام)(۳): «من وجد شیئا فهو له، یتمتع به حتی یجی ء طالبه»

الذی لم یعلم تقییده بغیر التعریف و لو المتأخر عن حول الالتقاط لعذر أو لغیر عذر، بل ینبغی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۸۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

القطع بالأول منهما.

نعم بقی شی ء: و هو أن الظاهر المستفاد من النص و الفتوی کون التعریف لرجاء حصول المالک، أما مع الیأس منه و لو للتأخیر أحوالا عصیانا فالظاهر سقوطه، و لکن هل یجوز التملک حینئذ؟ وجهان، أقواهما ذلک أیضا، لإطلاق الصحیح (۱)المزبور.

و کیف کان ف هی و لو کانت لقطه حرم عندنا أمانه شرعیه فی ید الملتقط فی مده الحول، لا یضمنها إلا بالتفریط أو التعدی، فتلفها من المالک و کذا بعد الحول إذا لم یقصد تملکها عندنا بلا خلاف

و لا إشکال فی شی ء من ذلک، نعم من الأخیر نیه التملک بها قبله، لما عرفته مکررا من عدم الاذن شرعا و لا من المالک فی هذا الحال.

اللهم إلا أن یقال: إن الاذن الشرعیه الحاصله من الاذن بالالتقاط لا ینافیها النهی عن التملک قبل التعریف، فمع فرض عدم تقصیره به یبقی وضع یده علیها بالإذن السابقه و إن أثم بالنیه المزبوره لو قلنا به، إلا أن الحکم مفروغ منه بین الأصحاب، سواء قصد ذلک من أول الالتقاط أو فی أثناء الحول. بل فی الریاض الإجماع علیه، بل لا تعود الامانه بعدوله.

کالمفروغیه من عدم ضمانها مع أخذها للحفظ أبدا و إن وجب علیه تعریفها عندنا کما عرفت، بل فی المسالک یضمن بترکه لأنه عدوان و إن نوی الحفظ و یستمر الضمان حینئذ و إن ابتدأ بالتعریف فتلف فی سنته لتحقق العدوان، فلا یزول إلا بقبض المالک أو ما یقوم مقامه کالودیعه، بل قد یظهر من الریاض الإجماع علیه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۳.

و لكن قد يشكل بمثله تحقق العدوان فيها، بمعنى فعل ما لا يجوز شرعا فيه و التفريط الذى هو إهمال حفظها و إن أثم بترك التعريف الذى كان يحتمل معه حصول المالك لو وقع منه.

و لعله لذا قال فى الدروس: «و لو أخر التعريف عن الالتقاط فابتداء الحول من حين التعريف، و له التملك بعده على الأقوى، و لا ضمان بالتأخير إن كان لضروره، و إن كان لا لها ففيه وجهان، أقربهما عدم الضمان».

ثم إنه حيث يضمنها للخيانه أو غيرها فهل يبرأ بالدفع إلى الحاكم؟

وجهان، و فى المسالك أصحهما ذلك، و قد عرفت سابقا أن الأصح بقاء الضمان، للأصل و كونه ولى حفظ لا ولى ذات، كما تقدم الكلام فيه سابقا.

كما أن الظاهر بقاء حكم التملك له بعد التعريف حولا و إن أثم و خان فى أثنائه بنيه التملك، لإطلاق ما دل عليه من الالتقاط و التعريف، كما صرح به الفاضل و ولده و الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافا. نعم فيه احتمال باعتبار كون التملك على خلاف الأصل و المتيقن منه غير المفروض، و فيه أن ظاهر الدليل حجه شرعيه.

و على كل حال فقد ظهر لك مما ذكرناه هنا و سابقا فى نيه التملك الحال فى جميع الصور المذكوره فى المقام، و هى أخذها بقصد الحفظ دائما، و بقصده فى الحول، و التملك بعده، و بقصد الخيانه فى الابتداء و فى الأثناء، و أنه لو نوى التملك بعد تعريفها حولا- من أول الأمر فهل يحتاج إلى تجديد النيه أو تكفى النيه الأولى، و قلنا إن الأحوط و الأقوى التجديد إلا مع استمرار العزم على وجه يقوم مقام تجديده.

و كيف كان ف زيادتها له أى المالك ما دامت

على ملكه، لمعلوميه تبعيه النماء للملك متصله كانت الزياده كالسمن أو منفصله كالولد، نعم فى القواعد فى تبعيه اللقطه نظر، أقربه ذلك، و تبعه ولده و الكركى و ثانى الشهيدين، لأن الملتقط إذا استحق ملك العين استحق ملك النماء بالتبعيه، لأن الفرع لا يزيد على أصله، و استحقاق التملك يحصل بمجرد الالتقاط و إن كان التعريف شرطا، فقد وجد النماء بعد الاستحقاق، فيتبع العين، بل لا يشترط لتملكه حول بانفراده إذا كمل حول الأصل.

و فيه منع التبعيه فى المنفصل بعد عدم صدق اسم الالتقاط عليه، فيبقى على حكم مجهول المالك، خصوصا بعد ما عرفت من كون التملك على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن، و دعوى وجود النماء مستحقا فيه ذلك واضحه المنع، و لذا لو تملكها ثم حصل منها نماء فجاء المالك كان له العين دون النماء المنفصل الذى حصل فى ملك الملتقط بلا خلاف أجده فيه و إن قلنا بانفساخ ملكه عن الأصل لكن من حينه كالمبيع بالخيار، أما المتصل فالظاهر تبعيته.

و كيف كان فقد ظهر لك أنه بعد التعريف يضمن الملتقط على الوجه السابق إن نوى التملك، و لا يضمن إن نوى الأمانه و الحفظ، كما هو واضح.

و لو نوى التملك بعد الحول مثلا ـ فجاء المالك و العين قائمه بحالها لم يكن له الانتزاع، و طالب بالمثل أو القيمه إن لم تكن مثليه وفاقا للفاضل و ولده و أول الشهيدين، بل فى المسالك أنه الأشهر، بل فى موضع آخر أنه المشهور، بل قد سمعت إجماع الإيضاح و التنقيح على وجوب رد العوض فيما دون الدرهم دون العين، لأصاله اللزوم.

لکن قد ذکرنا سابقا أن الأقوی خلافه، کما هو صریح الکرکی و الأردبیلی و غیرهما، بل قیل: إنه ظاهر المبسوط و المراسم و السرائر بل و المقنعه و الوسیله، و لذا قال فی الدروس: «إنه قد یظهر من الروایات و کلام القدماء».

و فی المسالک أنه لا یخلو من قرب و إن کان المشهور خلافه بعد أن ذکر الاستدلال علیه بظواهر النصوص، قال: «بل فی بعضها تصریح به ک

قوله (صلی الله علیه و آله) فی حدیث الجهنی (۱): «اعرف وکاءها و عقاصها ثم عرفها سنه، فان جاء صاحبها و إلا فشأنک بها»

و فی

روایه أخری (۲)«ثم عرفها سنه فان لم یعرف فاستنفع بها، و لتکن ودیعه عندک، فان جاء طالبها یوما من الدهر فادفعها إلیه»

و فی

صحیح الحلبی عن الصادق (علیه السلام)(۳)«یعرفها سنه، فان جاء طالبها و إلا فهی کسبیل ماله»

و قریب منها

صحیح ابن مسلم (۴)حیث قال (ع): «فان جاء طالبها و إلا فاجعلها فی عرض مالک».

و نوقش بأن الأول و الأخیرین محتملان أو ظاهران فیما إذا جاء قبل التملک، و المرسل لیس من طرقنا.

و فیه أن تتمه

صحیح ابن مسلم «یجری علیها ما یجری علی مالک حتی یجی ء لها طالب، فان لم یجی ء لها طالب فأوص بها فی وصیتک»

نعم قد یقال: إنه و ما شابهه ظاهر فی الحفظ أمانه علی ما عرفت الکلام فیه سابقا.

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۸۵.
۲- ۲ سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۸۶.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.
۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

فالأولى الاستدلال ب

قول أبی جعفر (علیه السلام) فی الصحیح (۱): «من وجد شیئا فهو له، فلیتمتع به حتی یأتی طالبه، فإذا جاء طالبه رده إلیه».

و

قول الصادق (علیه السلام) فی خبر أبی خدیجه(۲): «ینبغی له أن یعرفها سنه فی مجمع فان جاء طالبها دفعها إلیه، و إلا کانت فی ماله، فان مات کانت مراثا لولده و لمن ورثه، فان لم یجی ء لها

طالب کانت فی أموالهم، هی لهم إن جاء طالبوها دفعوها إلیه (إلیهم خ ل)»

إلی غیر ذلک من النصوص الداله علی ذلک التی من أجلها قلنا إن الملک فیها متزلزل، کما تقدم الکلام فیه سابقا.

و لکن علی الأول لو رد الملتقط العین جاز بل قیل: إنه یجب علی المالک القبول، لأنها أولی من رد العوض مثلا أو قیمه.

و فیه إشکال باعتبار ثبوت القیمه له فی ذمه الملتقط بنیه التملک، و الأصل لزوم الملک، و لیست العین من أفراد الحق الذی اشتغلت به الذمه، نعم لو فرض ما فی الذمه مثلیا و کانت هی من أفراده و دفعها اتجه وجوب القبول.

بل من ذلک قد ینقدح إشکال فی عباره المتن التی ذکر فیها المطالبه بالمثل أو القیمه إن لم تکن مثلیه، و ذلک لما عرفت من أن التحقیق الملک بنیه التملک بالعوض فی الذمه، فمع فرض کونها مثلیه و نوی التملک بالقیمه لا یستحق المالک المثل، نعم یتم ما ذکره المصنف لو کان المقام من الغرامات أو نوی تملکها بعوضها مثلا أو قیمه و قلنا بصحته.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

و ربما يؤيد ذلك ما تقدم فى القرض من عدم وجوب قبول المالك العين لو دفعها إذا كانت قيمه و استقرضها، كما عن الفخر و الكركى و المقداد التصريح به. خلافا للمحكى عن الخلاف و الشهيدين و غيرهم من وجوب القبول، بل عن الخلاف الإجماع عليه.

و قولهم: الواجب فى القيمى القيمه، أى مع عدم دفع العين، و قد تقدم تحقيق الحال، فلا حظ و تأمل، فإن المقام شبيه بالقرض على المختار.

و على كل حال ف له أى الملتقط النماء المنفصل الذى هو نماء ملكه و إن كان متزلزلا كالمبيع بالخيار، لكنه لا يقتضى تزلزل النماء الذى سبب ملكه قاعده تبعيه النماء، كما عرفت الكلام فيه و فى النماء المتصل أيضا، و الله العالم.

و لو عابت بعد التملك فأراد ردها مع الأرش جاز بل وجب على المالك القبول على المختار، لإطلاق ما دل على الرد المقتضى لتزلزل الملك و لا دليل على لزومه بطرو العيب الذى يمكن جبر الضرر الناشئ منه بالأرش.

نعم فيه إشكال على مختار المصنف لأن الحق تعلق بغير العين و هو العوض المترتب على ضمانها بنيه التملك له سواء كان مثلا أو قيمه فلم يلزمه أخذها معيبه بل الأصح عدم وجوب القبول، كما عن الفخر، إذ هو أشبه شى ء بمن استقرض قيميا و أراد رد عينه معيبا مع الأرش الذى قد حكى عنهم التصريح بعدم وجوب القبول فيه، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا التقط العبد و لم يعلم المولى فعرف حولا ثم أتلفها تعلق الضمان برقبته]

المسأله الرابعه:

إذا التقط العبد و لم يعلم المولى و لا أذن له فيه فعرف حولا أو لم يعرف ثم أتلفها مع نيه التملك الممتنع بالنسبه إليه و عدمها تعلق الضمان برقبته أى ذمته يتبع بذلك إذا أعتق كالقرض الفاسد بلا خلاف و لا إشكال فيه عندنا، سواء قلنا بجواز التقاطه و عدمه، بل الظاهر على التقديرين إثمه بالتصرف فيها.

لكن فى القواعد «و لو نوى التملك دون المولى لم يملك، نعم له التصرف و يتبع به بعد العتق» و لم أجده لغيره.

و ربما وجه بأن له التصرف فى المباحات إذا حازها كلحوم الصيود و أكل الأعشاب و نحو ذلك من غير توقفه على إذن السيد، و اللقطه مثلها، و رد بأنه لا يتم إلا فيما كان منها كالمباح، نحو دون الدرهم، بخلاف مفروض المسأله الذى هو فيما يعرف منها.

و فيه منع ذلك أيضا فيما دون الدرهم، ضروره ظهور الأدله فى ملك الواجد له، و يتبعه التصرف، و الفرض استحالته فى العبد، و لا دليل على جواز التصرف فيه بدون ذلك، و كذا الكلام فيما زاد بعد تعريف الحول.

و حمل العباره على إذن السيد له فى ذلك لا يجدى، إذ هو إن اقتضى تملك السيد له فالضمان حينئذ عليه، و إلا لم تفد إذنه فى التصرف فى مال الغير إباحه له.

كما أن حمل العباره على إراده إباحه الانتفاع الذى يجوز لكل ملتقط فى مثل الدابه عوض النفقه التى قد عرفت أن الأصح المقاصه فيها لا يتم

أيضا، كما هو واضح. و الله العالم.

و لو علم المولى قبل التعريف أو بعده و لم يكن قد أذن له فى الالتقاط و لم ينتزعها منه و كان غير أمين ففى محكى المبسوط ضمن، لتفريطه بالإهمال إذا لم يكن أمينا فصار كما لو وجدها و سلمها إلى فاسق، فإنه يضمنها.

و هو متجه مع إذنه له إذن استنابه، كما يومئ إليه قوله: «كما لو وجدها» إلى آخره، و الفرض تقصيره فى الانتزاع و كونه غير أمين و إلا فمع فرض عدم الاذن له فى الالتقاط ف فيه أى الضمان تردد كما اعترف به الفاضل و الشهيدان و الكركى، بل منع، كما فى المسالك و غيرها، لأصاله براءه ذمته منه، بل و من وجوب انتزاع مال الغير الذى فى يد العبد و إن رآه يتلفه.

بل قد يقال: بعدم ضمانه و إن أوجبنا عليه الانتزاع، إذ هو على تقدير وجوبه تعبدى لا يقتضى الضمان. نعم فى الدروس «و لو كان العبد غير مميز اتجه ضمان السيد» و كأنه نزله منزله دابته حيث يجب منعها من إتلاف مال الغير، مع أنه لا يخلو من نظر بناء على عدم وجوب حفظ مال الغير، و عدم دليل على التنزيل المزبور.

و لو قبضها المولى ثم ردها إليه و الفرض كونه غير أمين ففى التذكره التصريح بضمانه، بل قيل: الظاهر أنه لا خلاف فيه، و قد يشكل بناء على جواز التقاطه، ضروره كونه كالملتقط الفاسق، اللهم إلا أن يلتزم بالضمان فيه أيضا، نعم لو قلنا بعدم جواز التقاطه اتجه ذلك، لصيرورته فى يده لقطه مكلفا بها، و لا فرق بين المولى و غيره على التقديرين.

و لو كان العبد أمينا فلا إشكال و لا خلاف فى عدم الضمان حتى مع إذن الاستنابه.

و لو أذن المولى للعبد فى التملك بعد تعريف الحول ففى القواعد ضمن السيد، و ظاهره الضمان بذلك و إن لم يجر العبد صيغه التملك.

و عنه فى التذكره و إن تلفت بعد مده التعريف فان أذن له السيد فى التملك و أجرى التملك ضمن و إن لم يجر التملك بعد فالأقوى تعلق الضمان بالسيد، لأنه أذن فى سبب الضمان، فأشبه ما إذا أذن له أن يسوم شيئا فأخذه و تلف فى يده.

و على كل حال فهو متجه مع إراده التملك للسيد، ضروره كونه حينئذ مضمونا عليه، أما لو كان المراد الاذن له فى تملكه و الفرض عدم ملكه فيشكل ضمان السيد بذلك.

و لعله لذا قال فى محكى التحرير: «و من جوز تمليك العبد مع إذن المولى لو أذن له مولاه ملك العبد و ضمن السيد» اللهم إلا أن يكون ذلك منه إذنا فى التصرف بمال الغير، فيكون ضمانه عليه، و الله العالم.

و لو عرفها العبد و هى فى يد السيد أو العبد لكونه أمينا أو مطلقا ملكها المولى إن شاء و ضمن بناء على أن ثمره التقاطه للمولى و إن كان بغير إذنه و قلنا بصحته، فحينئذ له التملك مع الضمان و الصدقه و الحفظ.

و لو نزعها المولى منه قبل التعريف أو قبل إكماله ففى المتن و غيره لزمه التعريف بتمامه أو ما بقى منه و له التملك أيضا بعد الحول أو الصدقه مع الضمان أو إبقاؤها (فى يده خ) أمانه.

و لكن قد سلف منا ما يفهم منه الإشكال فى ذلك إن لم يكن إجماعا كما عساه يظهر من المتن و القواعد و المسالك و غيرها، حيث أرسلوه إرسال المسلمات.

قال فی الأخیر فی شرح العباره المزبوره: «إذا التقط العبد باذن المولی أو بغیر إذنه إن جوزناه تخیر المولی بین أن یترکها فی یده لیعرفها إذا لم یکن خائنا ثم یتملکها إن شاء، و بین أن ینتزعها منه و یعرفها، فان اختار الأول تملکها المولی بعد الحول، و قبل قول العبد فی التعریف إن کان ثقه و إلا اعتبر اطلاع المولی علی تعریفه أو اطلاع من یعتمد علی خبره، لأنه کالنائب، مع احتمال قبول قوله فیه مطلقا، لأنه ملتقط حقیقه، إذ هو الفرض، و إن انتزعها منه وجب علیه تعریفها و صارت بیده بمنزله ما لو التقطها و تخیر بعد التعریف بما شاء من الأمور الثلاثه».

و فی القواعد «و لو أذن له المولی فی التملک بعد التعریف أو انتزعها بعده للتملک ضمن السید، و لو انتزعها السید قبل مده التعریف لزمه إکماله، فإن تملک أو تصدق ضمن، و إن حفظها لمالکها فلا ضمان».

إذ ذلک کله لا یخفی علیک ما فیه، ضروره عدم دلیل یقتضی أن ذلک للسید بعد فرض جواز الالتقاط بدون إذنه، فان جوازه یقتضی تعلق الأحکام به، و عدم قابلیته للتملک لا یرفع أصل حکم الالتقاط عنه، و کذا منع السید له من التعریف أو الحفظ، فإن أقصی ذلک الانتظار إلی وقت التمکن بناء علی تقدیم حق السید أو یدفعها إلی الحاکم أو غیر ذلک.

و دعوی أن کل ما کان للعبد لو کان حرا یکون للسید تحتاج إلی دلیل، کاحتیاج انتقال حکم اللقطه إلی السید بانتزاعها منه علی الوجه المزبور إلیه أیضا بعد فرض جواز التقاطه بدون إذنه.

نعم لو قلنا بعدمه صار ما فی یده کالموضوع فی الأرض، فإذا أخذه السید أو غیره کان حکم اللقطه علیه، و لا یجدی تعریف العبد سابقا، ضروره کونه حینئذ کاللغو فتأمل جیدا.

و لعل دليل ذلک کله أنه كَلٌّ عَلى مَوْلاهُ، فكل شی ء تعلق به يكون لمولاه، و منه التقاطه و إن كان بغير إذنه، و نحوه حيازه المباحات إذ لا تقصر حيازته عن حيازه الأجير الخاص الذى لم يقصد الحيازه للمستأجر و لو لجنونه أو صغره و لكنه قد استأجره من وليه، فإنه يكفى فى تملكه ملک المنفعه الخاصه بعقد الإجاره، و العبد مملوک عينا و منفعه، فما يحوزه أو يلتقطه يكون لسيده، مؤيدا ذلک كله بفتوى من عرفت و غيره على وجه المفروغيه منه و قربه إلى الاعتبار.

و لعل من ذلک ما حكاه فى القواعد عن الشيخ، قال: «و لو أعتقه قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه: للسيد أخذها، لأنه من كسبه».

و لفظه «عبد وجد لقطه و لم يعلم سيده فأعتقه فما الذى يفعل باللقطه؟

يبنى على القولين، فمن قال للعبد أخذها، فإن السيد يأخذها منه، لأنها من كسبه كالصيد، و قد سوغنا له أخذها قبل ذلک» و وافقه عليه الفاضل فى المحكى من تذكرته و الكركى.

نعم فى القواعد و محكى المختلف التفصيل فى ذلک بين ما بعد الحول و قبله، فيأخذها المولى فى الأول دون الثانى التى هى فيه أمانه.

لكن حكى فى الدروس الاتفاق على أنها من كسبه من حين الأخذ، قال فيها: «و لو أعتق و بيده لقطه فللمولى انتزاعها منه عند الشيخ و الفاضل فى التذكره و قال فى غيرها: للسيد أخذها إن عتق بعد الحول لا قبله، لأنها لا تسمى كسبا، و هذا مخالف لاتفاقهم على أنها كسب من حين الأخذ، نعم لو قلنا بعدم جواز التقاطه لم يكن للسيد أخذها مطلقا، لأنها قبل عتقه كالملقاه، و بعده تصير فى يده صالحه للالتقاط، فيكون المعتق أولى بها من السيد، و فيه قوه».

و فى محكى الإيضاح «أنه بنى الأمر على أن الالتقاط هل هو للسيد

ابتـداء أو لا، بل هو ولايه و أمانه فى يـده؟ فعلى الأول للسـيد أخـذها مطلقا، أى قبل الحول و بعده، و على الثانى ليس له أخذها إذا كان العتق قبل الحول» و فيه إشعار بما ذكرناه سابقا، لكن قد سمعت ما فى الدروس من الاتفاق، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لا يجب أن تدفع اللقطه إلا بالبينه]

اشاره

المسأله الخامسه: لا يجب أن تدفع اللقطه إلى من يدعيها الذى لا يعلم به الملتقط إلا بالبينه التى تقوم مقام العلم بأداء الأمانه إلى أهلها شرعا أو الشاهد و اليمين، فلا يكفى شهاده العدل، لعدم كونه بينه بلا خلاف أجده فيه.

نعم عن التـذكره احتمال جواز الـدفع إذا حصل الظن من قوله، بل اختاره الشـهيدان و الكركى، لفحوى الاكتفاء بالوصف الـذى ستعرف الكلام فيه.

و على كـل حـال ف لاـ يكفى الوصف فى وجوب الـدفع و لو وصف صـفات لاـ يطلع عليهـا إلاـ المالـك غالبا، مثل أن يصـف وكاءها و عقاصـها و وزنها و نقدها و غير ذلك ما لم يحصل القطع بكونه المالك، كما صـرح به الشـيخ و الحلى و الفاضـلان و الشهيدان و غيرهم على ما حكى عن بعضهم.

لكن فى النافع «لا تـدفع اللقطه إلا بالبينه، و لا يكفى الوصف، و قيل: يكفى فى الأموال الباطنه كالذهب و الفضه، و هو حسن» و ظـاهره الاكتفـاء به فى الوجوب. بـل قيـل: كـأنه استحسـنه أيضا المقـداد و أبو العباس بل حكاه الأول عن الشـيخ فى المبسوط و الخلاف، و إن كان هو كما ترى

لا نعرف القائل بالتفصیل المزبور فی الجواز فضلا عن الوجوب.

و لقد أجاد فی کشف الرموز بقوله: «لا أعرف منشأ هذا التفصیل و لا القائل به، بل یمکن تحصیل الإجماع علی خلافه إلا من أهل الظاهر من العامه، فأوجبوا الدفع بالوصف».

نعم الأشهر کما فی المسالک بل المشهور کما فی جامع المقاصد جواز الدفع به مع فرض حصول الظن به، بل هو المحکی عن العامه عدا أهل الظاهر منهم.

بل لا أجد فیه خلافا إلا من الحلی، للقاعده التی یجب الخروج عنها ب

قول الرضا (علیه السلام) فی صحیح البزنطی (۱)المتقدم فی الطیر: «و إن جاءک طالب لا تتهمه رده علیه»

بعد حمل الأمر فیه علی الإباحه، لما عرفت و لکونه فی مقام توهم الحظر، و تقریر الصادق (علیه السلام) دفع سعید بن عمر الخثعمی الکیس الذی فیه الدنانیر

بالوصف (۲)و النبوی (۳)الذی أمر فیه بحفظ عقاصها و وکاءها الظاهر فی ذلک.

مؤیدا بإفضاء عدم قبول الوصف المزبور و لو علی جهه الجواز إلی تهمه الملتقط و عدم وصول المال إلی مالکه، لصعوبه إقامه البینه علی بعض الأموال و خصوص النقد منه، بل قد یدعی أن ذلک هو المتعارف فی تعرف مالک المال الضائع.

بل قیل: ربما ظهر من اللمعه و التحریر جواز الدفع به و إن لم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۵- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱ عن سعید بن عمرو الجعفی و قد تقدم هذا الحدیث بعنوان الجعفی فی ص ۲۸۶ و ۳۶۱، نعم فی التهذیب ج ۶ ص ۳۹۱ الخثعمی.

۳- ۳ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۸۵.

يفد الظن، و إن كان الظاهر خلافه.

ف من ذلک كله ظهر لک أنه إن تبرع الملتقط بالتسليم بالوصف المزبور لم يمنع، و إن امتنع لم يجبر و الله العالم.

[فرعان]

[الأول لو ردها بالوصف ثم أقام آخر البينه بها انتزعها]

الأول:

لو ردها بالوصف ثم أقام آخر (الآخر خ ل) البينه بها انتزعها منه بلا خلاف و لا إشكال، ضروره عدم كون الوصف حجه شرعيه على ملكيه الواصف، فضلا عن أن يعارض البينه الشرعيه.

فإن كانت تالفه بيد القابض كان له مطالبه الآخذ بالعوض ل

عموم «على اليد»(۱)

بعد معلوميه فساد القبض شرعا و له مطالبه الملتقط، لمكان الحيلوله بالدفع إلى غير المستحق و إن كان مرخصا فى ذلک، لكنه لا ينافى الضمان.

و ما عن بعض- من عدم الرجوع عليه إذا حكم الحاكم عليه بالدفع به لكونه كالمأخوذ قهرا- لا يتم على مذهبنا من عدم إلزام الحاكم به، فلا إشكال فى الرجوع على كل منهما عندنا.

لكن لو طالب الملتقط رجع على الآخذ الغار الذى استقر التلف فى يده ما لم يكن (۱۱) قد اعترف (۱۲) الملتقط له بالملک (۱۳) فإنه لا رجوع له حينئذ، لاعترافه بكذب البينه أو خطائها و كون الأخذ منه بغير حق.

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵.

و لو طالب الآخذ لم يرجع على الملتقط كما هو واضح، و الله العالم.

[الثانى لو أقام واحد بينه بها فدفعت إليه ثم أقام آخر بينه بها أيضا أقرع بينهما]

الثانی:

لو أقام واحد بينه بها فدفعت إليه بعينها ثم أقام آخر بينه بها أيضا فكلاهما خارجان بعد عدم تصديق الملتقط للسابق منهما فان لم يكن ترجيح بالعداله أو العدد أقرع بينهما و حلف الخارج بها، فان امتنع من اليمين أحلف الآخر، فان امتنعا قسمت نصفين، و لكن ظاهر المصنف هنا الاكتفاء بالقرعه فى الحكم لمن خرجت له، و قد ذكرنا البحث فى ذلك مفصلا فى كتاب القضاء.

و حينئذ فإن كان الترجيح للأول أو خرجت القرعه له و حلف فلا بحث، و إن كان ذلك للثانى انتزعت من الأول و سلمت إليه.

و لو تلفت و تعذر إغرام الثانى لم يضمن الملتقط إن كان قد دفعها بحكم الحاكم الذى به يكون كالمكره و (۱۱) نحوه مما كان السبب فيه أقوى من المباشر.

نعم لو كان (۱۲) قد دفعها باجتهاده ضمن (۱۳) لأنه و إن قلنا بجواز الدفع له أقصاه الجواز دون الوجوب، فهو كالدفع بالوصف، فيتخير المالك حينئذ بين رجوعه عليه و على الآخذ. هذا كله مع دفع العين نفسها.

أما لو قامت البينه بعد الحول (۱۴) مثلا و (۱۵) كان قد تملك الملتقط (۱۶) و أتلفها و دفع العوض إلى الأول ضمن الملتقط

للثانی حیث یتبین أنها له علی کل حال سواء کان العوض المدفوع إلی الأول باقیا أو لا لأن الحق ثابت فی ذمته و لم یتعین بالدفع إلی الأول بعد ظهور عدم استحقاقه، و لیس له الرجوع علی القابض، لأنه لم یقبض عین ماله.

و لکن یرجع الملتقط علی الأول و إن کان قد دفعه إلیه بحکم الحاکم فضلا عما لو کان بالوصف لتحقق بطلان الحکم الأول إذا لم یکن قد اعترف له بالملک، لا من حیث الحکم له به و إلا فلا رجوع له لکونه مأخوذا منه ظلما بزعمه، کما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله السادسه لو مات الملتقط عرف الوارث حولا]

المسأله السادسه:

لو مات الملتقط ففی القواعد و الدروس و محکی التذکره عرف الوارث حولا و ملکها إن شاء أو قهرا علی البحث السابق فیه و فی وقت الضمان، بل فی الأخیرین لو کان فی الأثناء بنی، بخلاف الملتقط من الملتقط الذی یطلب المالک أو الملتقط، فاحتاج إلی استئناف، أما الوارث فلا یطلب إلا المالک، بل هو مقتضی ما فی التحریر و غیره.

و لکن لا یخفی علیک أنه مبنی علی انتقال حق الالتقاط إلی الوارث و هو إن لم یکن إجماعا- کما عساه یظهر من إرسال من تعرض له إرسال المسلمات- لا یخلو من نظر.

نعم لو مات بعد الحول و نیه التملک فهی موروثه بلا خلاف و لا إشکال و إن کان إذا جاء المالک أخذها بناء علی المختار، بل قد سمعت النص فیه(۱).

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

بل لو كانت تالفه عنـد الملتقط رجع بالعوض على التركه إن اتسـعت، و إن ضاقت زاحم الغرماء، نعم لو تملكها الوارث و أتلفها كان هو الغريم دون الميت.

و لو فقدت من التركه فى أثناء الحول أو بعده ففى القواعد احتمل الرجوع فى مال

الميت و عدمه، بل فى التحرير اختيار الرجوع.

لكن قد عرفت فى كتاب الوديعه ما يقتضى عدم الرجوع بها ما لم يعلم التعدى و التفريط فيها، للأصل و غيره، كما حررنا الكلام فى صوره مفصلا، فلا حظ و تأمل كى تعلم أن الأصح هنا كما فى جامع المقاصد و محكى الإيضاح عدم الرجوع، و الله العالم.

و الحمـد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا، و نسأله الإعانه على إتمام ما بقى، فإنه الرؤوف المنان، ذو الفضل و الإحسان، الـذى قد عودنـا الجميـل و تفضـل علينـا بالجزيـل، فالرجـاء منه أن يشـفع أوائـل مننه بأواخرهـا بمحمـد و أهـل بيته الطيبين الطـاهرين الغر الميامين.

إلى هنا و الحمد لله تم الجزء الثامن و الثلاثون، و قد بذلنا غايه الجهد فى تنميقه و تحقيقه و التعليق عليه و تصحيحه، فنشكره تعالى على ما وفقنا لذلك، و نسأله أن يديم توفيقنا لإخراج بقيه الأجزاء.

و يتلوه الجزء التاسع و الثلاثون فى كتاب الفرائض إنشاء الله تعالى.

النجف الأشرف محمود القوچانى

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِینَ یَعْلَمُونَ وَالَّذِینَ لَا یَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الكمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الكمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونیة من الكتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلكترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراكز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفكرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والكتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الكترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الکتب والملزمات والدوریات

إقامة المسابقات فی مطالعة الکتب

إقامة المعارض الالکترونیة: المعارض الثلاثیة الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنة الدینیة والسیاحیة

إنتاج الأفلام الکرتونیة والألعاب الکمبیوتریة

افتتاح موقع القائمیة الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافیة وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدینیة والأخلاقیة والاعتقادیة والردّ علیها

تصمیم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالة القصیرة ((sms

إقامة الدورات التعلیمیة الالکترونیة لعموم الناس

إقامة الدورات الالکترونیة لتدریب المعلمین

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ۸ أنظمة؛

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیة للکتاب علی موقع القائمیة ویمکن تحمیلها علی الأنظمة التالیة

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیة والانجلیزیة والفارسیة

الکلمة الأخیرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزي ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب في طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.